Die Stellung des Zeugen im Bundesstrafprozeß

Eine Auslegung
und kritische Betrachtung des Gesetzes

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der hohen
juristischen Fakultät der Universität Bern

Eingereicht von

Hans Suter

von
Aarau und Kölliken

1939

Buchdruckerei Eugen Keller Aarau

Die Stellung des Zeugen im Bundesstrafprozeß

Eine Auslegung
und kritische Betrachtung des Gesetzes

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der hohen
juristischen Fakultät der Universität Bern

Eingereicht von

Hans Suter

von
Aarau und Kölliken

1939

Buchdruckerei Eugen Keller Aarau

Die Fakultät hat diese Arbeit am 30. Juni 1938 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Ph. Thormann als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Vorwort

Diese Stelle gibt mir Gelegenheit, allen denjenigen, die mir bei der Beschaffung des Stoffes für diese Arbeit behilflich waren, meinen verbindlichsten Dank auszusprechen. Dieser Dank gebührt vor allem den Herren Privatdozent Dr. Lüthi, Adjunkt des Bundesanwaltes, und Prof. Dr. Ph. Thormann in Bern für ihr wohlwollendes Entgegenkommen.

Aarau, den 25. Juli 1939.

Der Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547622_0041

Inhaltsübersicht

Geschichtliche Einleitung Seite

Entstehen und Entwicklung des Bundesstrafprozesses unter spezieller Berücksichtigung der Stellung des Zeugen 1

Erster Abschnitt

Die Zeugnispflicht und ihre Ausnahmen

§ 1. Die Zeugnispflicht 13
I. Die Zeugnispflicht vom staatsrechtlichen Standpunkte aus 13
II. Die Zeugnispflicht vom prozeßrechtlichen Standpunkte aus 14
§ 2. Ungerechtfertigte Verweigerung der Erfüllung der Zeugenpflichten 28
§ 3. Allgemeines über das Zeugnisverweigerungsrecht 33
§ 4. Die zeugnisverweigerungsberechtigten Angehörigen 38
I. Allgemeines 38
II. Verwandte 41
III. Verschwägerte 43
IV. Ehegatten 47
V. Verlobte 50
VI. Adoptivverwandte 53
§ 5. Das Zeugnisverweigerungsrecht zum Schutze des Zeugen selbst und seiner Angehörigen 54
§ 6. Berufspersonen, die nicht zum Zeugnis angehalten werden dürfen 62
I. Allgemeines 62
II. Geistliche 68
III. Rechtsanwälte 71
IV. Notare 73
V. Medizinalpersonen 74
VI. Gehilfen der zeugnisverweigerungsberechtigten Berufspersonen 79
§ 7. Die Stellung des Beamten 80

Zweiter Abschnitt

Die Einvernahme des Zeugen

Seite

§ 8. Die Befragung über die persönlichen Verhältnisse .. 86
I. Allgemeines .. 86
II. Ist der Zeuge zur Zeugnisverweigerung berechtigt? .. 86
III. Ist der Zeuge glaubwürdig? .. 91
§ 9. Die Ermahnung zur Wahrheit .. 96
I. Allgemeines .. 96
II. Prozessuale Bedeutung .. 99
III. Die falsche Aussage .. 100
§ 10. Die Befragung zur Sache .. 105
I. Präsidialverhör .. 105
II. Vorgehen des Richters .. 110
III. Inhalt der Aussage .. 115
IV. Das Protokoll .. 117
§ 11. Die Bekräftigung der Aussage durch Eid oder Handgelübde .. 120
A. Allgemeine Erörterungen .. 120
I. Bedeutung und Notwendigkeit des Eides .. 120
II. Voreid oder Nacheid? .. 125
B. Die Regelung im Bundesstrafprozeß .. 129
III. Entstehungsgeschichtliches zu den Bestimmungen über Eid und Handgelübde .. 129
IV. Die Regelung im Gesetz. Eid und Handgelübde .. 132
V. Form des Eides und des Handgelübdes .. 135
VI. Zeugen, die nicht zu einer Bekräftigung ihrer Aussage angehalten werden dürfen .. 137

Geschichtliche Einleitung.

Entstehen und Entwicklung des Bundesstrafprozesses unter spezieller Berücksichtigung der Stellung des Zeugen.

Wenn wir den Bundesstrafprozeß in seiner heutigen Form und Gestalt verstehen wollen, so müssen wir seine Anfänge, d. h. die Ideen, aus denen er hervorgegangen ist, bis an den Schluß des 18. Jahrhunderts zurück verfolgen. Denn die durch die französische Revolution bewirkte fundamentale Umwälzung der Organisation der Staaten und insbesondere auch der staatsbürgerlichen Ideen brachte notgedrungen auch eine Aenderung des strafrechtlichen Verfahrens mit sich. Es sei in diesem Sinne nur z. B. an die Abschaffung der Tortur erinnert. Wenn sie auch in Frankreich unter Louis XVI. schon kurz vor Ausbruch der Revolution abgeschafft worden war, so ist diese Neuerung dennoch als Produkt der Revolution anzusprechen, denn sie wurde offenbar unter dem Druck der drohenden Umwälzung vorgenommen.

1. Es trat auch an den durch die Revolution geschaffenen Einheitsstaat der Helvetischen Republik die Aufgabe heran, ein einheitliches und den veränderten Umständen entsprechendes Strafverfahren zu schaffen. Mit dem Eifer, der neugegründeten Staatswesen in der Ausarbeitung ihrer Gesetze eigen ist, trat man an diese Aufgabe heran, nachdem in der helvetischen Staatsverfassung im Titel VII, § 86 die Einsetzung eines obersten Gerichtshofes für die Gesamtschweiz angeordnet worden war. Am 27. April 1798 wurde denn auch eine fünfgliedrige Kommission „für die Materien der Strafgerichtsbarkeit" bestellt[1]). An ihrer Spitze stand der Berner *Bernhard Friedrich Kuhn,* der als ehemaliger Professor am „Politischen Institut" in Bern, das eine Art von

[1]) Strickler, Bd. IV, S. 414.

juristischer oder staatswissenschaftlicher Fakultät darstellte[2]), und als fortschrittlicher Geist sehr geeignet war zur Erfüllung dieser Aufgabe. Unterm 24. Januar 1799 reichte er denn auch das von ihm verfaßte „Gutachten über die Grundideen einer neuen Einrichtung des Kriminalgerichtswesens" im Namen der erwähnten Kommission ein. In der Einleitung, die wir heute als „Motive" bezeichnen würden, setzte er sich mit den allgemeinen Ideen auseinander. Er vertrat darin vor allem eine „Trennung der verschiedenen Zweige, in welche die richterliche Gewalt sich auflöst". Er führte aus: „Die Frage über das Faktum begreift ausschließlich die Bestimmung der Schuld oder der Unschuld des Angeklagten durch das Urteil über den Beweis. Die Frage des Rechts beschränkt sich einzig auf die Anwendung der allgemeinen Vorschriften der Strafgesetze auf den Fall desjenigen, der durch das Urteil über die Frage des Faktums als Urheber oder Mitschuldiger eines Verbrechens erklärt worden ist. ... Es ist also ganz klar, daß diese beiden Funktionen getrennt werden müssen, wenn die Anwendung des Prinzips der Trennung der Gewalten konsequent sein soll". Damit kam Kuhn zu dem für die Schweiz bis dahin unbekannten Institut der Geschworenengerichte. Diese hätten dabei über die „Frage des Faktums" zu entscheiden gehabt, während die „Kantonsgerichte" über die „Frage des Rechts" zu urteilen gehabt hätten. Als Vorläuferin der heutigen Staatsanwaltschaft war auch das Amt des öffentlichen Anklägers vorgesehen. Damit haben wir bereits hier den Versuch einer Gestaltung des Verfahrens, das später zu dem sogenannten reformierten Prozeßtypus mit inquisitorischer Voruntersuchung und nachfolgendem Hauptverfahren in akkusatorischen Formen hinführte[3]). — Bei der Begründung dieser Ausgestaltung des Gerichtswesens wies Kuhn auf die guten Erfahrungen, die man in den letzten Jahren mit diesem System in Frankreich und Amerika gemacht habe, hin, und von England sagte er: „Englands Beispiel hingegen wird euch beweisen, daß nach der Trennung der verschiedenen kriminalrichterlichen Funktionen und nach ihrer Niederlegung in die Hände mehrerer unter sich unabhängiger Gesamtheiten ein Volk Jahrhunderte lang mitten durch die Erschütterungen der größten Revolutionen ohne Nachteil seiner bürgerlichen Freiheit hindurchgehen kann".

[2]) Blösch, in ZStR, **6** 278.
[3]) Lüthi, in ZBJV, **59** 469.

Im Zusammenhang mit diesen Vorarbeiten lud das Direktorium die gesetzgebende Behörde unterm 4. Dezember 1798 ein, „die zweckmäßigsten Mittel zu bestimmen, um bei Untersuchungen gegen Aufwiegler und Gegenrevolutionäre den langsamen (daher schädlich wirkenden) Prozeßgang der gewöhnlichen Gerichte zu vermeiden". Zur Erledigung dieses Auftrages wurde wiederum eine fünfgliedrige Kommission bestellt, an deren Spitze vorerst wiederum Kuhn stand, der aber dann durch Carrard ersetzt wurde. Der von dieser Kommission ausgearbeitete Entwurf mutet in manchen Teilen modern an. Der Entscheid, ob der Beschuldigte unter Anklage gestellt werden solle oder nicht, wurde in diesem Verfahren nicht einem Geschworenengericht, sondern dem Kantonsgericht direkt übertragen (Vierter Abschnitt des Entwurfes). Auch in diesem Entwurf finden wir das Institut des öffentlichen Anklägers. Was uns besonders interessiert, ist eine verhältnismäßig weit fortgeschrittene Ausbildung des Einvernahmeverbotes von Verwandten als Zeugen [4]. In der zweiten Lesung des Entwurfes stellte Cartier sogar das Postulat, daß auch inbezug auf die Dienstboten ein Einvernahmeverbot in den Entwurf aufgenommen werde, da sonst „in dem engsten Zirkel der Haushaltungen Mißtrauen bewirkt würde" [5]. Er drang jedoch mit seinem Antrag nicht durch. — Im weitern findet sich auch das Kreuzverhör nach englischem Muster in diesem Entwurfe, das in spätern Gesetzesberatungen und bis in die neueste Zeit noch zu vielen Diskussionen Anlaß gegeben hat. Doch ist die freie Beweiswürdigung in diesem Entwurfe noch nicht zum Durchbruche gelangt. Wir finden immer noch die gesetzliche Beweistheorie, wonach das gleichlautende Zeugnis zweier untadelhafter, uninteressierter und unverdächtiger Zeugen einen vollständigen Beweis wider den Beschuldigten ergibt [6].

Es war nicht der erste Versuch moderner Strafprozeßgesetzgebung, der in der Zeit der Helvetik auf eidgenössischem Boden gemacht wurde. Diese hatte vielmehr in mancher Beziehung fortgeschrittene Vorbilder. Es sei hier erwähnt der Entwurf einer bernischen peinlichen Prozeßordnung, der im Jahre 1791 von Tscharner verfaßt wurde. Dann trat auch C. L. von Haller in seinem „Gutachten der Kommittierten über die Verbesserung der

---

[4]) Vgl. § 57 des Entwurfes (Strickler, Bd. IV, S. 451).
[5]) Strickler, Bd. IV, S. 446.
[6]) Vgl. § 68 des Entwurfes (Strickler, Bd. IV, S. 451).

hiesigen Kriminalprozeßform" im Jahre 1797 schon gegen die gesetzliche Beweistheorie auf. Seinen § 9 über „Mittel und Möglichkeit des Beweises für Tatsachen überhaupt" schließt er: „Dergestalt wird es also auch nicht unmöglich seyn: den inquirirenden Richtern eine gründliche und bestimmte Anleitung zu geben, wie sie in Verführung der Criminalprozeduren den richtigen Pfad zur Erforschung der Wahrheit betreten und verfolgen, die Zeugen und Beweismittel derselben sammeln, verdeutlichen, vergleichen, beurtheilen und solchergestalt die vorgesetzte Evidenz herausbringen sollen: ohne daß man nöthig hätte, in die Subtilitäten skeptischer Juristen zu verfallen und alle Wahrheit ungewiß zu machen, oder zum vorgeblichen Besten der gemeinen Sicherheit, aber der Wahrheit und der Ueberzeugung zum Troz, mit dogmatischem Eigensinn gewisse in allen Fällen gelten sollende Beweismittel festzusezen und dann zur Herausbringung derselben sogar ungerechte oder gewaltsame Mittel einzuführen" [7]).

Als Abschluß dieser kurzen Betrachtungen über das Aufkommen neuer Ideen und die Anfänge eidgenössischer Strafrechtspflege in der Zeit der Helvetik können wir mit Lüthi sagen [8]): „Die helvetische Kriminalrechtspflege hat im Gang der Entwicklung den Uebertritt und Aufstieg ins 19. Jahrhundert nicht bloß zeitlich vorbereitet, sondern sie bezeichnet den Wendepunkt, der den unvermeidlichen Zusammenprall zwischen herkömmlich Uebernommenem und neu Erstrebtem erstmals im ganzen Staatsgebiet in die Wege geleitet hat. Trotz der baldigen Auflösung der Republik konnten die einschlagenden Grundfragen des Kriminalgerichtswesens nicht mehr zur Ruhe kommen, wenngleich die Art der Auseinandersetzung unter den geänderten Verhältnissen keineswegs geradlinig war und sich vielfach merkwürdig gestaltete, was vornehmlich in der Stellung zu Tortur und Geständniszwang, Verhörart, Beweisrecht und Schlußverfahren zum Ausdruck kommt".

2. An der Weiterbildung dieser Ideen waren trotz des Zusammenbruches des Einheitsstaates der helvetischen Republik nicht nur die Kantone, sondern auch die Eidgenossenschaft stark beteiligt, wenn sich ihre gesetzgeberische Tätigkeit auch nur auf die Militärstrafrechtspflege beschränkte bis zum Jahre 1848 [9]). Denn

---

[7]) v. Haller, Gutachten, S. 46.
[8]) Lüthi, in Abh. z. Sch. R., NF, Heft 61.
[9]) Lüthi, in ZStR, **46** 64.

schon in den Jahren 1806, 1807 und 1812 wurden verschiedene Entwürfe zu einer Militärstrafgerichtsordnung ausgearbeitet, und zwar waren sie verfaßt von Offizieren aus fremden Diensten. Der erste eidgenössische Militärstrafprozeß stammte übrigens noch aus der Zeit der Helvetik [10]). Diese erwähnten Entwürfe erlangten aber immer nur provisorische Geltung. Im Jahre 1810 wurde eine eidgenössische Kommission ernannt „zur Revision der militärischen Strafgesetze". Aus dem Schoße dieser Kommission gingen zwei gedruckte Berichte hervor, der eine im Jahre 1812, der andere im Jahre 1817. Am 22. August 1817 nahm die Tagsatzung den neuen Entwurf (ausgenommen einzelne Teile des Strafrechts) unter Ratifikationsvorbehalt an. Dieser Entwurf wurde dann im Jahre 1818 Gesetz. Es war darin die Einleitung des Verfahrens vorgesehen durch die Präkognition, erste Untersuchung, in der allgemein erforscht werden sollte, ob eine strafbare Handlung begangen worden sei und wer als Täter in Frage komme. Daran schloß sich die Hauptuntersuchung, die dem urteilenden Gericht den vollständigen Beweis der Schuld oder Unschuld des Verdächtigen erbringen sollte. Speziell für uns ist interessant, daß sich auch in diesem Gesetz immer noch Beweisregeln finden. An Beweismitteln sind angeführt: Augenschein, Geständnis, Urkunden oder Zeugen. Der Indizienbeweis wurde nicht zugelassen. Zu einem Zeugenbeweis waren im allgemeinen zwei, und wenn es sich darum handelte, den Täter zum Tode zu verurteilen, drei Zeugen notwendig. Wir sehen, daß dieses Gesetz in alten Bahnen blieb und den fortschrittlichen Ideen keine Rechnung trug. Das zeigte sich deutlich auch insofern, daß das Gesetz entgegen dem Prinzip der Unmittelbarkeit am schriftlichen Untersuchungsprozeß festhielt [11]).

Daß dieses Gesetz den damals modernen Anforderungen nicht entsprach, geht schon daraus hervor, daß schon in den Dreißigerjahren die Revisionsarbeiten wieder aufgenommen wurden. Und zwar ging der Vorstoß gegen das Gesetz von 1818 von Genf aus. An der Tagsatzung im Jahre 1831 wandte sich die Genfer Gesandtschaft mit einem Vorschlag gegen das Gesetz als Ganzes. Anschließend wurden dann noch Einzelpunkte besonderer kritischer Untersuchung unterstellt. Uns interessiert wiederum besonders, daß hauptsächlich alles, was den Zeugenbeweis betraf, revisions-

[10]) Stooss, MilStGO, S. XI ff.
[11]) Lüthi, in ZStR, **46** 66/67.

bedürftig befunden wurde. Vor allem wurde verlangt, daß die Zeugen ihre Aussagen in Gegenwart des Angeschuldigten zu machen hätten: damit war nun endlich ein Schritt getan, um zu einer eigentlichen mündlichen Hauptverhandlung zu gelangen. Die Folge dieses Genfer Vorschlages war, daß im Jahre 1833 eine Kommission ernannt wurde zur Revision des Gesetzes von 1818. Die Kommission setzte sich aus lauter hervorragenden Köpfen zusammen [12]).

Die Meinungen der Mitglieder gingen aber schon in den grundsätzlichen Fragen so auseinander, daß in der Kommission schließlich der Beschluß gefaßt wurde, die Mehrheit und die Minderheit sollten getrennte Entwürfe ausarbeiten. Tatsächlich kam dann aber nur ein Entwurf der Mehrheit zustande, wozu die Minderheit in selbständiger Druckschrift ihre Bemerkungen machte.

Pfyffer von Luzern stellte die Theorie auf, daß Geschworenengericht und Urteil gemäß moralischer Ueberzeugung einerseits und ständiges Gericht und Urteil nach Beweistheorie andererseits unzertrennlich seien. Und da nun für die Militärrechtspflege Geschworenengerichte nicht in Frage kämen, seien die im Vorverfahren gesammelten Akten als Grundlage der Beurteilung anzusehen. Daher kommt Pfyffer zur Ablehnung des Unmittelbarkeitsprinzips. Er will nur der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit zustimmen in den Fällen, wo die Entscheidung von Zeugen abhängt, und daher eine feierliche, öffentliche und mündliche Einvernahme am Platze sei, wobei dem Angeschuldigten und dem Verteidiger ein angemessenes Fragerecht zu erteilen sei. Der Genfer Massé und der Tessiner Luvini dagegen erklärten, den einzig wahrhaft freisinnigen Grundsätzen und einer freien Nation entspreche nur das Vorgehen, wo die ganze Instruktion der Prozedur vor Gericht in öffentlicher Verhandlung durchgeführt werde. Sie verweigerten auch jeder Beweistheorie ihre Zustimmung, da der Richter nur gemäß seiner inneren Ueberzeugung zu urteilen habe.

Im Kommissionsbericht zum Entwurf von 1834 wird erklärt, daß die bedeutenden Fortschritte der Strafrechtswissenschaft seit Abfassung des Gesetzes von 1818 berücksichtigt seien, jedoch wird inbezug auf die eigentliche Hauptuntersuchung zugegeben,

---

[12]) Die Kommission wurde präsidiert vom Berner Oberst Koch, Mitglieder waren: Der Luzerner Dr. Kasimir Pfyffer, der Zürcher Oberrichter Ulrich, der Genfer Oberstlieutenant Massé und der Tessiner Oberst Luvini.

daß der Entwurf inbezug auf das Gesetz von 1818, das zwar in diesem Punkt vervollständigt sei, doch keine wesentlichen Neuerungen enthalte. — In diesem Entwurf wird erstmals der Indizienbeweis zugelassen. Was die Beweislehre sonst anbetrifft, so sah der Entwurf eine Verschmelzung der Beweistheorie mit der freien Beweiswürdigung vor, sodaß allerdings die bisher schon geltenden gesetzlichen Beweisregeln eingehalten werden müßten, sie aber für den Richter nur insofern verbindlich wären, als das durch sie Ermittelte auch nach der Ueberzeugung des Richters der Wahrheit entspreche. Mit dieser Regelung wäre praktisch nicht viel gewonnen gewesen.

Lüthi schließt die Darstellung des Zustandekommens dieses Entwurfes mit den Worten: „Zusammenfassend läßt sich vom Kommissionsentwurf von 1834 sagen, daß er zwar eine schätzbare Arbeit darstellt, daß namentlich der vom Berner Gerichtspräsidenten Koch verfaßte Bericht eine gediegene Begründung von Kommissionsabsichten darstellt. Im Lichte der Regenerationsbewegung erweist sich der Entwurf als zeitlich bereits überholt und die weitere Entwicklung der Tagsatzungsarbeiten läßt es als begreiflich erscheinen, daß ihm das Ständemehr nicht zuteil wurde“ [13]).

Nachdem schon im August 1835 eine Sonderkommission eingesetzt worden war zur Behandlung einiger Spezialfragen, wurde nunmehr eine Kommission ernannt, die den Entwurf von 1834 näher zu prüfen hatte. Ergebnis der Beratungen war eine Trennung der Kommission in zwei Lager. Der Zürcher Keller sprach dem Entwurf die Eigenschaft ab, die Idee der Gerechtigkeit inbezug auf den Angeklagten zu gewährleisten und den Grundsatz der Humanität zu realisieren, wonach es besser sei, mehrere Schuldige straffrei zu belassen, als einen Unschuldigen zu verurteilen. Er trat auch mit allem Nachdruck für die absolute Oeffentlichkeit des gesamten Verfahrens ein, mit Einschluß der Voruntersuchung. Die Mehrheit der anderen Kommissionsmitglieder sprach sich ähnlich aus, machte jedoch Vorbehalte zugunsten einer schriftlichen Voruntersuchung nach dem Beispiele Frankreichs. Ergebnis der Beratungen war, daß Keller die Vorlage eines ganz neuen Entwurfes besorgen und Pfyffer den Entwurf vom Jahre 1834 umarbeiten wollte. Nachdem die Kantone zu diesen beiden Entwürfen Stellung genommen hatten, arbeitete

[13]) Lüthi, in ZStR, **46** 74.

die eidgenössische Kommission den sogenannten Dritten Bericht aus, der dann von der Tagsatzung im Herbst 1837 artikelweise beraten wurde. Im Juli 1838 war dann endlich das dritte Buch der Gesetze für die Strafrechtspflege bei den eidgenössischen Truppen, d. h. das Buch über das „Verfahren", von 19 Ständen definitiv angenommen worden [14]). — Die Tagsatzung hatte noch zwischen drei Entwürfen zu wählen gehabt: Der erste hatte vollständige Oeffentlichkeit mit Einschluß der Voruntersuchung vertreten. Er ging von der Anschauung aus, daß die Voruntersuchung nicht auf ein Geständnis des Angeschuldigten abzuzielen habe. Daher war sogar als § 301 folgende Bestimmung aufgenommen worden: „Wer als des Verbrechens verdächtig behandelt wird, ist nicht verpflichtet, auf die an ihn gerichteten Fragen zu antworten. Dies soll ihm vor der Einvernahme deutlich angezeigt werden" [15]). Dieser Entwurf wurde englisches System genannt. Dann war zweitens als deutsches System ein Entwurf da, der im wesentlichen auf den Grundlagen des Entwurfes von 1834 basierte. Er zeichnete sich aus durch eine geheime und schriftliche Hauptuntersuchung, die vor allem auf ein Geständnis des Angeschuldigten hin tendierte. Als französisches System wurde der dritte Entwurf bezeichnet, der eine Modifikation des ersten Entwurfes darstellte, und zwar in der Richtung, daß die Voruntersuchung schriftlich und nicht öffentlich vorgesehen war. Diesem System hatte die Mehrheit der Tagsatzung am 16. August 1837 die Zustimmung gegeben.

Wenn wir die Gestaltung des Beweisrechtes betrachten, so fällt sofort die hervorragende Fortschrittlichkeit dieses Gesetzes auf. Der Richter ist in der Bildung seiner Ueberzeugung an gar keine Form gebunden, es werden ihm auch keine unverbindlichen Beweisregeln gleichermaßen als Leitfaden an die Hand gegeben, wie dies in den spätern Prozeßgesetzen der Kantone geschah [16]). Es heißt nur, der Richter soll „nach sorgfältiger Wahrnehmung und Gegeneinanderhaltung aller Teile der Beweisführung lediglich fragen: ob er von der Schuld des Angeklagten überzeugt sei oder nicht, — mit andern Worten: ob er dieselbe nach dem ordentlichen Gang der menschlichen Dinge als gewiß ansehe, oder

---

[14]) Gesetze für die Strafrechtspflege bei den eidgenössischen Truppen, 1838.

[15]) Interessant ist, daß Frankreich mit der Loi Constans von 1897 auf den gleichen Irrweg in der Gestaltung der Voruntersuchung geraten ist.

[16]) Vgl. Art. 243 des Strafprozesses des Kt. Freiburg vom Jahre 1850.

ob ihm dagegen irgend ein vernünftiger Zweifel übrig bleibe“ [17]). Was die Stellung des Zeugen in diesem Prozeßgesetz anbetrifft, so wird schon hier eine allgemeine Zeugnispflicht ausdrücklich festgestellt [18]). Der § 358 gibt den Ehegatten, den Ascendenten und den Descendenten unbeschränkt, den Verwandten des ersten Grades der Seitenlinie und dem Schwager und der Schwägerin ein Zeugnisverweigerungsrecht und verbietet, diese Personen zu vereidigen. Ein Zeugnisverweigerungsrecht der Berufspersonen über vertrauliche Mitteilungen ihrer Klienten ist in dieses Gesetz nicht aufgenommen worden, doch kann inbezug auf Beichtgeheimnisse z. B. angenommen werden, daß hier eine Nichteinvernahme des Geistlichen als so selbstverständlich betrachtet wurde, daß eine spezielle Feststellung im Gesetz gar nicht diskutiert wurde. — Wir finden in diesem Gesetz auch das für die Zeugen anstrengende englische Kreuzverhör, wonach „Ankläger“ und Verteidiger selbst die Zeugen verhören, und zwar jeder auch die von der Gegenpartei gestellten. Der Großrichter hatte dabei die Zeugen vor Ungebühr zu schützen. Inbezug auf den Eid ist die Form des Voreides gewählt worden [19]).

3. Wenn wir bei der Darstellung des Zustandekommens dieses Militärstrafprozesses von 1838 so ausführlich geworden sind, so hat das seinen Grund darin, daß dieser der direkte Vorläufer der Strafprozeßgesetzgebung des Bundes vom Jahre 1851 ist [20]). Das bezieht sich in erster Linie einmal auf das Bundesgesetz über die Strafrechtspflege bei den eidgenössischen Truppen vom 27. August 1851, aber ebenso auf das Gesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom gleichen Datum. Lüthi nennt diese beiden Gesetze Zwillinge nicht nur der Datierung nach, sondern stellt fest, daß sie auch inhaltlich eng zusammengehören. Der Militärstrafprozeß des Jahres 1838 — nach dem damaligen Stande des Strafprozeßrechtes einen unverkennbaren Fortschritt darstellend — sei der eigentliche Nährboden für die Strafprozeßgesetzgebungen des Jahres 1851 gewesen [21]).

---

[17]) Schenker, S. 37, führt aus, daß das Strafprozeßgesetz des Kt. Solothurn vom 27. Mai 1874 das erste Gesetz gewesen ist, das ohne jeden Ratschlag für den Richter inbezug auf die Beweiswürdigung ausgekommen sei.

[18]) § 357, Abs. 2 des Gesetzes: „Ebenso ist jedermann verpflichtet, sich in Strafsachen als Zeuge abhören zu lassen, mit Ausnahme der in § 358 bezeichneten Personen“.

[19]) Ueber Voreid und Nacheid vgl. § 11, II, hiernach.

[20]) Vgl. Lüthi, in ZBJV **59** 471, und Stooß, MilStGO, S. XIII.

[21]) Vgl. Lüthi, in ZBJV **59** 472.

Mit der Errichtung des Bundesstaates im Jahre 1848 war eine der neuen Verfassung entsprechende Bundesgesetzgebung notwendig geworden. Einen Teil dieser neuen Aufbauarbeit bildete auch das Gesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom Jahre 1851. Durch Errichtung einer von den Kantonen unabhängigen Bundesjustiz sollte das neue Staatswesen vor den Umtrieben der staatsfeindlichen Elemente geschützt werden. Zu diesem Zwecke wurde im Gebiete des Strafrechts das Organisationsgesetz von 1849, die Bundesstrafrechtspflege und das Garantiengesetz von 1851 und das Bundesstrafrecht von 1853 geschaffen.

Die uns hier interessierende Bundesstrafrechtspflege baute sich zum großen Teil, wie schon oben erwähnt, auf den Militärstrafprozeß vom Jahre 1838 auf. Doch standen da neben der vom Bundesrat ernannten Kommission noch die „Grundlagen zur Gesetzgebung betreffend die Bundesstrafrechtspflege" zur Verfügung, deren Verfasser der Zürcher Professor Rüttimann war. Es waren darin Grundsätze enthalten betreffend die Organisation, das Verfahren und das materielle Strafrecht. Der Teil über das Verfahren, der uns speziell beschäftigt hier, setzte sich auseinander mit dem deutschen, französischen und englischen System, welch letzteres das Ideal einer Strafrechtspflege genannt wurde. Der Genfer Professor Castoldi hatte dagegen einen Vorentwurf zur Bundesstrafrechtspflege nach vornehmlich französischen Grundsätzen ausgearbeitet. Dieser Vorentwurf bildete in der Folge die Grundlage aller spätern Vorlagen. Redaktor des den Räten dann schließlich vorgelegten Entwurfes war Bundesrat Druey, der diese Vorlage geschaffen hatte unter Mitwirkung von Professor Höchster. Rüttimann, der Verfasser der „Grundlagen" und Redaktor des Militärstrafprozesses von 1851, sagt von diesem Entwurf, er habe als Grundlage nur die Ideen Frankreichs und die Anschauungsweise, die in den deutschen Rheinprovinzen herrsche; er dagegen habe zur Schaffung des Militärstrafprozesses nicht nur das französische, sondern auch das englische und die neuern deutschen Gesetze berücksichtigt[22]). — Als Resultat der Beratungen der Räte kann eine Angleichung des Bundesstrafprozesses an den von Rüttimann redigierten Militärstrafprozeß festgestellt werden. Da dieser wiederum eine Umarbeitung des Militärstrafprozesses von 1838 darstellte — allerdings unter Berücksichtigung der Fort-

[22]) Rüttimann, in ZSR **12** 43.

schritte des Strafprozeßrechts —, so ist der enge Zusammenhang zwischen Militärstrafprozeß von 1838 und der Bundesstrafrechtspflege offenbar. Diese Angleichung wurde in den Räten vollzogen mit der Begründung, es sei nicht einzusehen, was verschiedene Systeme rechtfertigen sollte in den beiden Gesetzen. Dadurch kommen wir zu der Eigenart des Bundesstrafprozesses, der in seiner Form auch eine selbständige Fortbildung des französischen Verfahrens genannt wurde [23]).

Die Behandlung des Zeugen im Bundesstrafprozeß weicht nicht sehr stark ab von derjenigen im Militärstrafprozeß von 1838. Einzelne Bestimmungen, besonders betreffend die Abhörung der Zeugen durch die Parteien, stimmen fast wörtlich überein mit denjenigen im Gesetz von 1838. Was neu hinzukommt, ist ein Zeugnisverweigerungsrecht der Geistlichen, Sachwalter, Aerzte und Wundärzte in Ansehung dessen, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut worden ist [24]).

4. Das Gesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom Jahre 1851 bezog sich nur auf das Verfahren vor den Bundesassisen. Erst das Organisationsgesetz vom 22. März 1893 schuf das Bundesstrafgericht. Daneben bestand noch ein Bundesgesetz betreffend das Verfahren bei Uebertretungen fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze vom 30. Juni 1849, das durch neuere Fiskalstrafgesetze und das Bundesgesetz über die Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928 abgeändert worden ist.

Es zeigte sich immer mehr, daß das Nebeneinanderbestehen von mehreren Gesetzen über das Verfahren in Bundesstrafsachen keine glückliche Lösung war. Dazu waren einige Bestimmungen der ältern Gesetze veraltet. Diese Zustände machten eine Reform mit der Zeit dringend notwendig. In den Geschäftsberichten der Jahre 1917—1919 sprach das Bundesgericht das Verlangen nach einer Reform des Bundesstrafprozesses und insbesondere nach einer Besserstellung des Angeschuldigten in der Voruntersuchung aus [25]). Professor Dr. Carl Stooß verfaßte daraufhin im Auftrag des Justiz- und Polizeidepartementes einen Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege, den er im September 1922 mit Motiven einreichte. Im April 1926 erschien dann

---

[23]) Vgl. Lüthi, in ZBJV, **59** 474.

[24]) Näheres über die Ausgestaltung des Bundesstrafprozesses vom Jahre 1851 siehe bei Lüthi, ZBJV, **59** 474 ff und 516 ff.

[25]) Vgl. darüber Stämpfli, S. V ff.

der Vorentwurf des Justiz- und Polizeidepartementes, nachdem im Jahre 1922 Nationalrat J. Huber noch eine Motion betreffend die Revision der Bundesstrafrechtspflege eingereicht hatte. Nachdem eine Expertenkommission den Departementalentwurf überprüft hatte, gab der Bundesrat unterm 10. September 1929 Botschaft und Entwurf heraus, der in den Jahren 1930—1934 in den Kommissionen des National- und Ständerates und in diesen Räten selbst durchberaten wurde. Am 15. Juni 1934 war der Entwurf von beiden Räten gutgeheißen, vom Ständerate einstimmig, vom Nationalrate mit allen gegen zwei kommunistische Stimmen. Nachdem die Referendumsfrist unbenützt abgelaufen war, wurde das Gesetz auf 1. Januar 1935 in Kraft erklärt.

Das Hauptproblem bei der Schaffung des neuen Bundesstrafprozesses bestand in der Gestaltung der Voruntersuchung. Aus praktischen Gründen kam eine völlige Umgestaltung nicht in Frage. Es konnte sich daher nur um Verbesserungen des bestehenden Verfahrens handeln, insbesondere um eine Besserstellung des Beschuldigten. Was weiter die Beibehaltung der Assisen anbetrifft, so wäre zu ihrer Abschaffung eine Verfassungsänderung notwendig gewesen, wovor man zurückschreckte [26]). Es wird bedauert, daß aus diesem Grunde das Problem eigentlich gar nicht zur Diskussion stand. — Das englischrechtliche Kreuzverhör, das noch im Assisenverfahren bestand, wurde durch das Präsidialverhör ersetzt [27]). Das Rechtsmittelsystem wurde insofern erweitert, als ein weiterer Revisionsgrund der neuen Tatsachen oder neuen Beweismittel gewährt wurde. In das Gesetz wurde auch die vollständige Neuregelung des Fiskalstrafverfahrens aufgenommen. Das frühere Gesetz kannte das administrative Strafankündigungsverfahren in der Form des Unterwerfungsverfahrens (ausdrückliche Unterziehung). Nach der neuen Regelung herrscht nun das Strafbescheidsverfahren (bedingter Strafbefehl).

Nachdem in dieser Weise die Entstehungsgeschichte und die grundsätzlichen Neuerungen des neuen Bundesstrafprozesses dargelegt worden sind, kann zum eigentlichen Thema dieser Arbeit, zur Betrachtung der Stellung des Zeugen in diesem Gesetz, übergegangen werden.

---

[26]) Thormann, in Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, Schaffhausen, 1931. ZSR **50** 349a ff. Botschaft S. 583.

[27]) Vgl. dazu auch § 10, I hiernach.

Erster Abschnitt.

Die Zeugnispflicht und ihre Ausnahmen.

§ 1. Die Zeugnispflicht.

I. Die Zeugnispflicht vom staatsrechtlichen Standpunkte aus.

Laband [1]), der erstmals die Zeugnispflicht vom staatsrechtlichen Gesichtspunkte aus eingehender betrachtet haben soll [2]), definiert dieselbe folgendermaßen: Begrifflich könne sie allen Behörden gegenüber bestehen und zu jedem denkbaren staatlichen Zweck in Anspruch genommen werden. Nach ihrer historischen Ausbildung und ihrer praktischen Gestaltung sei sie aber eine zu Zwecken der Rechtspflege bestehende Last, und ihre Geltendmachung eine Betätigung der Gerichtsbarkeit. Sie sei weiter keine Untertanenpflicht, wie etwa die Wehrpflicht, sondern sie sei lediglich der Reflex eines Zwanges, den die Staatsgewalt zum Zwecke der Handhabung des Rechtsschutzes ausübe. Demgemäß ist also nach Laband nicht die persönliche Staatsangehörigkeit eine Voraussetzung der Zeugnispflicht, sondern dieselbe besteht für jeden, der räumlich der Staatsgewalt unterworfen ist [3]).

Auch Glaser [4]) faßt dem Sinne nach die Zeugnispflicht gleich auf wie Laband, wenn er sie in konkreter Weise für die deutsche StPO folgendermaßen definiert [5]): „... und es hat sich derselben

---

[1]) Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. III, S. 350 ff.

[2]) Nach Neumann, S. 10.

[3]) Vgl. Art. 74 BStP: „In der Regel ist jedermann verpflichtet, Zeugnis abzulegen". Unter „jedermann" können selbstverständlich nicht nur Staatsbürger verstanden werden.

[4]) Glaser, S. 483, 490.

[5]) Vgl. dazu Neumann, S. 10, Anm. 2, der offenbar Glaser falsch zitiert.

(Zeugnispflicht) jeder zu unterwerfen, welcher den Gesetzen des Deutschen Reiches unterworfen ist, also jeder Deutsche und jeder Ausländer, welcher durch seinen Aufenthalt auf deutschem Gebiete zeitweilig den deutschen Gesetzen untertan ist (subditus temporaneus)." Glaser begründet diese Ausgestaltung der Zeugnispflicht mit folgenden Ueberlegungen[6]: Da einmal anerkannt sei, daß der Zeugenbeweis das unentbehrlichste Mittel bilde, um den Richter über den wahren Tatbestand aufzuklären, so habe der Staat schon aus diesem Grunde das Recht, im Interesse der Rechtspflege die allgemeine Zeugnispflicht zu statuieren. Weiter rechtfertige sie sich auch aus dem Verhältnis der Gegenseitigkeit, da jeder in den Fall kommen könne, das Zeugnis eines andern zu benötigen zu seiner Rechtfertigung. Dieser letztere Grund würde zwar eher auf einen Anspruch des einzelnen Rechtssuchenden hinweisen, als auf einen Anspruch des Staates.

Die Zeugnispflicht kann auch in einem gewissen Sinne als verwaltungsrechtliche Naturalleistungspflicht betrachtet werden[7]. Danach wäre sie als solche eine öffentliche Last im engern Sinne, und zwar eine gemeine Last, die das Gesetz allen Einwohnern des Staates gleichmäßig auferlegt. Als solche gemeine Lasten führt Fleiner[8] z. B. die Pflicht zur Nothilfe bei Unglücksfällen an, und in Anm. 13, S. 387 seiner Institutionen ist auch ausdrücklich in diesem Zusammenhange die Zeugnispflicht gegenüber der Polizei genannt.

II. Die Zeugnispflicht vom prozeßrechtlichen Standpunkte aus.

1. Weit umschrieben ist die Zeugnispflicht die Pflicht, den Richter in der Erforschung der Wahrheit zu unterstützen. Und zwar teilt sich diese Pflicht nach drei Richtungen hin:

1. In die Pflicht zum Erscheinen vor Gericht[9],
2. In die Pflicht zur Aussage[10],
3. In die Pflicht zur Bekräftigung dieser Aussage durch Eid oder Handgelübde[11].

---

[6]) Glaser, S. 483/484.
[7]) Vgl. Neumann, S. 10, Anm. 4, der sich ebenfalls auf Fleiner bezieht.
[8]) Fleiner, Institutionen, S. 386/387.
[9]) Vgl. hierüber Ziff. 3 hiernach.
[10]) Betreffend Inhalt der Aussage vgl. § 10, Ziff. III hiernach.
[11]) Eid und Handgelübde. Vgl. § 11 hiernach.

Die Zeugnispflicht in ihrer Gesamtheit wie in ihren Teilen ist nicht davon abhängig, daß die Untersuchung gegen eine bestimmte Person eingeleitet ist. Ihre Voraussetzung ist einzig, daß bei den Untersuchungsbehörden oder beim Gericht der Verdacht besteht, daß eine strafbare Handlung begangen worden sei. Die Einvernahme des Zeugen kann gerade den Zweck haben, Anhaltspunkte über die noch unbekannte Täterschaft zu gewinnen. In diesem Sinne wurde z. B. von der deutschen Reichstagskammer ein Antrag, die Zeugenvernehmung nur nach Eröffnung der Voruntersuchung oder im Hauptverfahren für zulässig zu erklären, verworfen [12]).

In der Zeugnispflicht ist die Pflicht des Zeugen inbegriffen, sich andern Zeugen oder dem Beschuldigten zum Zwecke der Konfrontation gegenüberstellen zu lassen [13]).

Der Begriff des Zeugen ist abzugrenzen gegenüber dem des Sachverständigen. Es ist in der Literatur bestritten, welche Begriffsmerkmale die beiden voneinander scheiden. Wohl am meisten Vertreter findet der Satz, daß der Zeuge Tatsachen bekunden soll, die er selbst wahrgenommen hat, während der Sachverständige aus Tatsachen, die von ihm selbst oder von andern wahrgenommen sind, auf Grund seiner Sachkunde Schlüsse ziehen soll [14]). Beling weicht insofern von dieser Unterscheidung ab, als nach ihm der Sachverständige die Tatsachen aus erfahrungsmässig gegebenen Regelzusammenhängen zu folgern hat [15]). Nach Löwe [16]) wird ein Sachverständiger, der innerhalb des gleichen Verfahrens in einer spätern Verhandlung über Tatsachen oder Zustände aussagt, die er z. B. anläßlich einer frühern Augenscheinnahme als Sachverständiger wahrgenommen hat, zum Zeugen, wenn diese Tatsachen und Zustände im Zeitpunkt der späteren Verhandlung der Vergangenheit angehören und ihre nochmalige Beobachtung ausgeschlossen ist [17]). Es geht dies aus der

---

[12]) Vgl. Löwe, Vorbemerkungen zum 6. Abschnitt, N. 3.

[13]) Art. 81 BStP. Neumann, S. 6 ff., führt als sog. Nebenpflichten noch weitere Pflichten der Zeugen an, so die Schreibepflicht zur Schriftvergleichung, die Denunziationspflicht, die Pflicht zur Nennung weiterer Zeugen, die Pflicht, sich der Sprache zu bedienen, die vorgeschrieben oder zugelassen ist, wenn man ihrer mächtig ist. Vgl. auch Stalder, S. 13 ff.

[14]) So in der Begründung zur deutschen StPO, Hahn, Materialien zur StPO. 1 122.

[15]) Beling, S. 297.

[16]) Löwe, Anm. 2 zu § 85.

[17]) Anderer Ansicht: Dohna, S. 103.

Ansicht hervor, daß der Sachverständige jederzeit durch einen andern Sachverständigen ersetzbar, fungibel, während der Zeuge unersetzbar sei. Eine etwas bedenkliche Folge in dieser Wandlung des Sachverständigen zum Zeugen kann aber darin gesehen werden, daß der Beschuldigte eventuell die Möglichkeit hätte, die betreffende Person als Sachverständigen abzulehnen, während er, sobald derselbe Zeuge ist, höchstens noch auf die Würdigung der Aussage einwirken kann. — Glaser stellt fest[18]), daß nach französischrechtlicher Auffassung das Hauptgewicht bezüglich der Unterscheidung von Zeugen und Sachverständigen auf die Wahl des letzteren durch den Richter gelegt wird. Es ist dies eine Anschauung, die ohne Zweifel viel richtiges in sich schließt. Der Zeuge erwirbt danach seine Eigenschaft als solcher rein durch den Umstand, daß er — bewußt oder unbewußt — Wahrnehmungen macht über strafprozeßual erhebliche Tatsachen, während der Sachverständige durch den Richter aufgefordert wird, solche Wahrnehmungen zu machen, und eventuell noch Schlüsse daraus zu ziehen.

2. a) Ueber die Fähigkeit, Zeuge zu sein[19]), enthält der BStP keine Bestimmung. Danach ist zu schließen, daß von vornherein niemand als unfähig betrachtet wird, als Zeuge einvernommen zu werden. Unter Zeugnisfähigkeit ist die Fähigkeit zu verstehen, Wahrnehmungen richtig zu machen und sie dann richtig mitzuteilen. Da das Prinzip der freien Beweiswürdigung herrscht, ist es dem Richter vollständig anheimgestellt, wie er die Aussagen der verschiedenen Zeugen bewerten will. Daher hätte es auch gar keinen Sinn gehabt, im Gesetz gewisse Personen als unfähig zu erklären, Zeugnis abzulegen. Denn durch das Gesetz hätte das nur in sehr summarischer Weise geschehen können, während der Richter jeden Fall individuell behandeln kann. Deshalb steht es ganz im Ermessen des Richters, wie er das Zeugnis eines Kindes oder eines Geisteskranken bewerten will. Auf jeden Fall sind diese Personen nicht zum voraus vom Zeugnis ausgeschlossen wegen Unfähigkeit. Denn wenn für das Urteil auch nicht auf ihre Aussage abgestellt werden kann, so kann das Verhalten solcher Personen z. B. bei einer Konfrontation für den Richter doch sehr aufschlußreich sein.

---

[18]) Glaser, Beiträge, S. 385.

[19]) Ueber Zeugnisfähigkeit und die verschiedenen Kategorien von Zeugen vgl. Plaut, Der Zeuge und seine Aussage im Strafprozeß. 1931.

b) Trotzdem die Zeugnisfähigkeit einer jeden Person anerkannt ist, so gibt es doch gewisse am Verfahren beteiligte Personen, die keine Zeugeneigenschaft haben können, da die Rolle, die sie im Verfahren spielen, sich nicht mit der Zeugeneigenschaft verträgt. Und zwar kann sich dies auf zwei Arten auswirken: Im ersten Fall hat die Rolle, die sie sonst im Verfahren spielen, den Vorrang; dann können diese Personen nicht als Zeugen behandelt werden. Im zweiten Fall steht die Zeugeneigenschaft im Vordergrund. Hier verlieren diese Personen die andere Eigenschaft, in der sie am Verfahren beteiligt waren oder beteiligt gewesen wären.

aa) In die erste Kategorie gehört der Beschuldigte. Er wird in den allermeisten Fällen die Person sein, die am besten über den Hergang der Ereignisse Auskunft geben könnte, die den Gegenstand der Untersuchung bilden. Jedoch ist die Eigenschaft des Beschuldigten unvereinbar mit der eines Zeugen [20]). Nach dem Akkusationsprinzip sind die Bestimmungen über den Zeugen absolut nicht anwendbar auf den Beschuldigten. Denn die Parteistellung des letztern bringt es mit sich, daß er nur soweit an der Erforschung der Wahrheit mitarbeitet, als dies auch seinen Interessen entspricht. Anders wäre es zur Zeit des Inquisitionsprozesses gewesen, wo der Beschuldigte verpflichtet war, selbst mit allem seinem Wissen zur Erforschung der Wahrheit und damit — falls er schuldig war — auch zu seiner Ueberführung beizutragen [21]). — Die Zeugenstellung des Beschuldigten wäre jedoch im modern ausgebauten Strafprozeß auch von andern Gesichtspunkten aus betrachtet unmöglich. Man denke dabei an das allgemein anerkannte Recht des Zeugen, die Beantwortung von Fragen, die ihn oder einen seiner Angehörigen einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würde, zu verweigern [22]). Wenn man dieses Privileg dem am Verfahren unbeteiligten Zeugen gewährt, so könnte man nicht bei dem am Verfahren beteiligten, dem Beschuldigten als Zeugen, nun eine Ausnahme machen.

Nicht so klar ist die Frage dann zu beantworten, wenn in einem Strafverfahren mehrere Beschuldigte vorhanden

---

[20]) Vgl. dazu: Löwe, Vorbemerkungen zum 6. Abschnitt. N. 3a.
Ferner Stalder, S. 29, und den interessanten Art. 136 des bernischen StV: „Jede am Strafverfahren nicht als Partei beteiligte Person ist verpflichtet, einer vom Richter an sie als Zeugen gerichteten Ladung Folge zu leisten,..."

[21]) Vgl. Dohna, S. 100, wonach der Beschuldigte direkt zur Selbstbezichtigung verpflichtet war im Inquisitionsprozeß.

[22]) BStP Art. 79, deutsche StPO § 55, bernisches StV Art. 141, Ziff.2, aarg. StPO § 225, usw.

sind. Wir können auch hier wiederum den Satz aufstellen, daß die Zeugnisunfähigkeit des Beschuldigten aus seiner Prozeßstellung hervorgeht [23]). Daraus geht hervor, daß eine Person, die in einem Verfahren die Stellung eines Beschuldigten einnimmt, grundsätzlich in dem gleichen Verfahren nicht Zeuge sein kann. Deshalb kann auch ein Mitbeschuldigter nicht als Zeuge verwendet werden gegenüber den andern Mitbeschuldigten, die in demselben Verfahren abgeurteilt werden; dies gilt selbst dann, wenn in dem betreffenden Verfahren über mehrere selbständige Straffälle entschieden wird und der betreffende Mitbeschuldigte nicht beteiligt ist an dem Straffall, über den er Auskunft geben soll [24]). Selbstverständlich kommt den Aussagen eines solchen Mitbeschuldigten mehr oder weniger Beweiskraft zu je nach dem Ermessen des Richters; der Mitbeschuldigte wird jedoch nicht Zeuge durch seine Aussage. So können z. B. keine Sanktionen gegen ihn ergriffen werden, wenn er falsch aussagt. Da seine falsche Aussage nicht strafbar ist, kann demgemäß auch nicht Revision des Urteils verlangt werden gemäß Art. 229, Ziff. 3 BStP, wenn sich das Urteil auf diese falsche Aussage stützt [25]). Wir folgern weiter aus dem Grundsatz, daß nur die prozeßuale Stellung einer Person als Beschuldigte sie unfähig macht, die Stellung eines Zeugen einzunehmen, daß derjenige Mitbeschuldigte in einer Strafsache, der schon in einem früheren Verfahren abgeurteilt wurde oder außer Verfolgung gesetzt worden ist, nunmehr im spätern Verfahren gegen seine Mitbeschuldigten als Zeuge einvernommen werden kann, da er selbst nicht mehr Beschuldigter ist [26]).

Wie der Beschuldigte als Prozeßpartei nicht die Stellung eines Zeugen einnehmen kann, so kann es auch der Geschädigte nicht, der adhäsionsweise seine privaten Ansprüche geltend macht. Art. 34 BStP nennt ihn als Partei; selbstverständlich sind Partei- und Zeugenstellung unvereinbar, wie wir schon oben gesehen haben. Nach Art. 211 BStP muß der privatrechtliche Anspruch spätestens bei Beginn der Hauptverhandlung geltend gemacht werden. Es ist also möglich, daß der Geschädigte bis zu Beginn der Hauptverhandlung als Zeuge auftritt. Sobald er dann seine

---

[23]) v. Kries, S. 349, Glaser, S. 470. Anderer Meinung: Binding, Grundriß, S. 157.
[24]) Löwe, Vorbemerkungen zum 6. Abschnitt, N. 3a.
[25]) BGE 45 I 100. Die hier vertretene Ansicht hat selbstverständlich durch den neuen BStP keine Aenderung erfahren. Revision war verlangt worden gestützt auf Art. 159, lit. a des alten BStP.
[26]) Löwe, Vorbemerkungen zum 6. Abschnitt, N. 3b. Ferner v. Kries, S. 349.

privatrechtlichen Ansprüche stellt, so verliert er seine Zeugeneigenschaft. Der Geschädigte als Privatkläger wird also nie in der Hauptverhandlung als Zeuge auftreten können. Daher kommen seine Aussagen auch nicht als Zeugenaussagen zur Geltung und haben als solche auch keinen Einfluß auf die Urteilsbildung. Denn nach dem Unmittelbarkeitsprinzip können die Aussagen, die der Privatkläger vor der Hauptverhandlung als Zeuge gemacht hat, vom erkennenden Gericht nicht mehr berücksichtigt werden. Denn das Protokoll dieser Aussagen darf in der Hauptverhandlung nicht verlesen werden. Die Tatsache, daß der bisherige Zeuge sich als Privatkläger gestellt hat, bildet keinen zwingenden Grund nach Art. 164. Abs. 2 BStP, der eine Verlesung des Protokolls gestatten würde. Die Aussagen des Privatklägers können daher nie als Zeugen-, sondern nur immer als Parteiaussagen gewertet werden [27]).

bb) In der zweiten Kategorie haben wir es mit Personen zu tun, deren Eigenschaft als am Verfahren beteiligte ebenfalls ausschließt, daß sie zugleich die Funktionen eines Zeugen ausüben. Zum Unterschied von der ersten Kategorie sind sie aber nicht unersetzlich in ihrer anderweitigen Beteiligung am Verfahren, sodaß sie dieser Eigenschaft entkleidet und zu Zeugen gemacht werden. Es handelt sich in dieser Kategorie um Gerichtspersonen, Staatsanwalt und Verteidiger.

Für die Gerichtspersonen [28]) kann allgemein gesagt werden, daß, sobald sie von einer Partei oder vom Gerichte selbst als Zeugen angerufen werden, sie in ihren Funktionen einzustellen sind, damit sie ihre Zeugenpflicht erfüllen können. Denn beide Funktionen, die als Gerichtsperson und die als Zeuge, müssen als unvereinbar betrachtet werden. Es muß die Garantie der objektiven Wertung der Zeugenaussagen durch den Richter gewahrt werden; sie fiele aber dahin, wenn der erkennende Richter einfach sein privates Wissen bei der Urteilsbildung verwerten würde [29]).

---

[27]) Vgl. auch hier den interessanten Art. 136 des bernischen StV, der nur die am Verfahren nicht als Partei beteiligten Personen der Zeugenpflicht unterstellt. Und in Art. 39 desselben Gesetzes ist der Privatkläger als Partei genannt. Vgl. auch Stalder, S. 32.

[28]) Unter Gerichtspersonen sind die unter Art. 27, Abs. 1 OG genannten Personen zu verstehen (Mitglied oder Ersatzmann des Bundesgerichts, Bundesanwalt, Untersuchungsbeamter oder Geschworener).

[29]) Dohna, S. 94.

Nach Löwe[30]) wird der als Zeuge bezeichnete Richter erst mit seiner Vernehmung von seiner Amtstätigkeit ausgeschlossen. Nur der vernommene Richter ist ausgeschlossen. Mit Neumann[31]) sind wir hier der Ansicht, daß dieser Zeitpunkt etwas spät gewählt ist. Er wäre zu früh gewählt, wenn man die Gerichtsperson schon auf den Antrag einer Partei hin, sie als Zeuge zu vernehmen, ausschließen wollte. Denn das würde dazu führen, daß eine Partei einen ihr nicht genehmen Richter als Zeugen anrufen würde, um ihn von seiner Tätigkeit auszuschließen. Wiederum mit Neumann geht unsere Meinung dahin, daß die Zeugenstellung der Gerichtsperson mit der Beschlußfassung entsteht, dem Antrag auf ihre Vernehmung stattzugeben. Abweichend von Neumann stellen wir fest, daß dieser Moment nicht dem Zeitpunkt der Zustellung der Vorladung entspricht; jedoch kommen wir aus praktischen Gründen ebenfalls zur Ansicht, daß der Moment der Vorladungszustellung der geeignetste wäre, um die Gerichtspersonen von ihrer Amtstätigkeit auszuschließen.

Was hier für die deutsche StPO gesagt wurde, gilt in allem auch für den BStP. Art. 99 BStP verweist für die Ausschließung von Gerichtspersonen auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege. In diesem Gesetz bestimmt Art. 27, Ziff. 2:

„Ein Mitglied oder Ersatzmann des Bundesgerichtes Bundesanwalt, Untersuchungsbeamter oder Geschworener darf sein Amt nicht ausüben:

1. ... 2. in einer Angelegenheit, inbezug auf welche er bereits in anderer Stellung, ... , als Sachverständiger oder Zeuge gehandelt hat; ...".

Also auch hier käme nach dem Wortlaut des Gesetzes die Ausschließung der Gerichtsperson erst nach ihrer Vernehmung in Frage.

Ueber die Behandlung des Protokollführers, der als Zeuge einvernommen wird, herrscht nicht Klarheit in der Bundesstrafrechtspflege. In Art. 27 des Organisationsgesetzes, wo vom Ausstand der Gerichtspersonen die Rede ist, ist er nicht genannt; jedoch kann unter dem Begriff „Untersuchungsbeamter" dieses Artikels eventuell auch der Schriftführer des Untersuchungsrichters verstanden sein. Daß diese Annahme begründet ist, geht

[30]) Löwe, N. 19 zu § 22.
[31]) Neumann, S. 24.

aus der Bestimmung des Art. 33, Abs. 2 OG hervor, wo gesagt wird, daß bei Streitigkeiten über den Ausstand des Untersuchungsrichters und seines Schriftführers die Anklagekammer entscheide. Wenn nun aber, wie wir hier sehen, der Schriftführer des Untersuchungsrichters in den Ausstand kommt, sofern er als Zeuge in der gleichen Sache vernommen worden ist, warum sollten dann die Protokollführer beim erkennenden Gericht anders behandelt werden? Per analogiam müssen wir hier schließen, daß alle Protokollführer gleich behandelt werden, wie der Schriftführer des Untersuchungsrichters. — Der Ausschluß des Protokollführers, der in der gleichen Sache als Zeuge einvernommen worden ist, begründet sich schon mit der Ueberlegung, daß es diesem Protokollführer schwer werden könnte, die Aussagen der andern Zeugen, insbesondere seiner Gegenzeugen, objektiv richtig und nicht im Sinne seiner eigenen Aussagen zu protokollieren.

Der Inhalt der Aussagen der Gerichtspersonen als Zeugen unterscheidet sich nicht vom Inhalt der Aussage jeder andern Person. Ob z. B., was beim Untersuchungsrichter und seinem Schriftführer besonders aktuell ist, eine Gerichtsperson über die Einvernahme eines andern Zeugen verhört werden darf, ist eine spezielle Frage. Und zwar ist sie u. E. vom Prinzip der Unmittelbarkeit aus zu beantworten. Art. 164 BStP bestimmt, daß Aussagen nur dann verlesen werden dürfen in der Hauptverhandlung, wenn ein Zeuge, ein Sachverständiger oder ein Mitangeklagter verstorben ist oder aus einem andern zwingenden Grunde in der Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann. Durch diese Bestimmung soll eine Verletzung des Unmittelbarkeitsprinzips auf eine kleinstmöglichste Anzahl von Fällen beschränkt werden. Durch eine Vernehmung des Untersuchungsrichters oder seines Schriftführers dürfte also auf jeden Fall diese Bestimmung nicht umgangen werden. In den Fällen, wo aber Art. 164 ein Verlesen des Protokolls aus der Voruntersuchung gestattet, hat eine Vernehmung des Untersuchungsrichters oder seines Schriftführers keinen Platz, denn das Protokoll gibt bessern Aufschluß über die Aussagen eines Zeugen als das Gedächtnis eines Menschen[32]). Eine Einvernahme des Untersuchungsrichters oder seines Schriftführers könnte sich allerhöchstens beziehen auf die Art und Weise, wie ein Zeuge sich bei seiner Einvernahme verhalten

[32]) Vgl. hierüber v. Kries in ZStW **6** 92 ff. und Beling ebenfalls in ZStW **25** 600.

hat, um dem erkennenden Gericht Anhaltspunkte über die Glaubwürdigkeit des betreffenden Zeugen zu geben [33]).

cc) Was den Bundesanwalt betrifft, so haben wir im Organisationsgesetz in Art. 27 die klare Bestimmung, daß er gleich wie ein Mitglied oder ein Ersatzmann des Bundesgerichtes zu behandeln ist. In der Literatur zur deutschen StPO ist die Frage streitig, ob er infolge seiner Zeugeneigenschaft von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen sein solle [34]).

dd) Auch die Stellung des Verteidigers läßt sich nicht vereinen mit der Zeugeneigenschaft. Die Zeugeneigenschaft des Verteidigers geht hier hervor aus der Tatsache, daß der Verteidiger, unabhängig von dieser seiner Stellung, Wahrnehmungen gemacht hat, die jede andere Person auch hätte machen können. Der Beschuldigte darf also nicht etwa dem Verteidiger Gelegenheit gegeben haben, diese Wahrnehmungen zu machen, sonst würde es sich hier um ein Anvertrauen im Sinne des Art. 77 BStP handeln, wobei dem Verteidiger ein Zeugnisverweigerungsrecht zustehen würde. Wie gesagt, handelt es sich bei dem Fall, den wir betrachten, nicht um eine solche Wahrnehmung, sondern um eine, die der Verteidiger zufällig, unabhängig von seinem Mandat, gemacht hat.

Die Unangängigkeit der Verbindung der Verteidiger- und der Zeugenrollen in einer Person illustriert Glaser trefflich [35]). Man bedenke den Fall, wo der Verteidiger zu Ungunsten seines Klienten aussagen müßte: Die Situation ist undenkbar, daß diese gleiche Person, die vorher zu Ungunsten des Beschuldigten ausgesagt hat, nun die Verteidigung weiterführen würde. Es könnte auch die Bestimmung, daß jeder Zeuge in Abwesenheit der andern Zeugen abzuhören ist (Art. 81 BStP), nicht eingehalten werden, denn der Verteidiger muß bei der Abhörung aller Zeugen zugegen sein. Löwe [36]) stellt fest, daß jemand, der zum Zeugnis in der Hauptverhandlung geladen ist, nicht zum Verteidiger bestellt werden kann, denn die Zeugnispflicht gehe in jedem Fall vor [37]). Indessen können nach Löwe Ausnahmen gemacht werden in besonderen Fällen, so z. B. dort, wo die vollständige Unerheb-

---

[33]) So auch Neumann, S. 34, und Stalder, S. 38.
[34]) Vgl. darüber Neumann, S. 28 ff.
[35]) Glaser, S. 480.
[36]) Löwe, Vorbemerkungen zum 6. Abschnitt, N. 5d, und N. 5a zu § 138.
[37]) Ebenso in GA **62** 154, **39** 312.

lichkeit der Aussage des betreffenden Verteidigers feststeht. In solchen Fällen steht es nach Löwe im Ermessen des Gerichtes, einen solchen Verteidiger zuzulassen oder nicht [38]).

ee) Keine besondere Stellung inbezug auf die Zeugnisfähigkeit nehmen der Geschädigte oder Verletzte und der Denunziant ein [39]). Parteistellung kann nach den Grundsätzen des Offizialverfahrens diesen Personen nicht zugestanden werden. Der Strafanspruch des Staates überwiegt ihnen gegenüber in einem solchen Maße, daß nur ihm, dem Staate in diesem Falle die Parteirolle zugesprochen werden kann [40]). Und schon gar beim Anzeiger kann keine Rede sein von einer Parteistellung. Es erhebt sich allerhöchstens die Frage, ob seine Glaubwürdigkeit durch seine Eigenschaft als Anzeiger leidet. Seine Zeugnisfähigkeit wird jedoch dadurch keineswegs berührt.

3. Nach Art. 80 BStP sollen die Zeugen in der Regel [41]) durch eine schriftliche Vorladung zur Zeugnisablegung aufgeboten werden. Die Form der Vorladung wird in den Art. 30—32 BStP näher umschrieben. Es soll danach darin enthalten sein:

Der Hinweis auf die gesetzlichen Straffolgen des Ausbleibens des Zeugen,

die möglichst deutliche Bezeichnung der vorgeladenen Person nach Namen, Beruf und Wohnort,

Zeit und Ort des Erscheinens,

die Angabe, ob der Vorgeladene als Beschuldigter, Zeuge oder Sachverständiger zu erscheinen hat,

der Zeitpunkt der Ausstellung,

die Unterzeichnung durch die vorladende Behörde. In der Regel soll die Vorladung durch die Post in der für die Zustellung gerichtlicher Akten vorgeschriebenen Weise geschehen [42]). Die

---

[38]) Gleicher Ansicht: Binding, Grundriß, S. 156, v. Kries, S. 346 u. a. Anderer Meinung Oetker und Mamroth, Juristische Wochenschrift, **55** 1219.

[39]) Ueber die Stellung des Privatklägers wurde schon gesprochen. Hier handelt es sich um den Geschädigten oder Verletzten, der keinen privatrechtlichen Anspruch stellt.

[40]) Vgl. auch Neumann hierüber, S. 52.

[41]) „in der Regel" schriftliche Vorladung: Ausnahmen von der Schriftlichkeit werden da gemacht werden, wo der Vorzuladende am Gerichtsorte sich in Haft befindet und direkt vorgeführt werden kann, oder da, wo der Vorzuladende erst im Verlaufe der Verhandlung als Zeuge in Betracht kommt und sich zufällig in erreichbarer Nähe des Richters befindet; dabei kann auch an Fälle gedacht werden, wo der Betreffende telephonisch erreichbar ist. — Gleicher Ansicht: Feisenberger, N. 1 zu § 48. Löwe, N. 1 zu § 48. Anderer Ansicht: Bennecke-Beling, S. 332, Anm. 9, Stalder S. 16.

[42]) Art. 22 BG betr. den Postverkehr, § 46 der Vollziehungsverordnung I hiezu.

Vorladung kann auch durch einen Weibel oder durch die Polizei zugestellt werden, insbesondere, wenn der Vorgeladene durch die Post nicht erreichbar ist[43]). Die Vorladung wird im Doppel ausgestellt; das eine Doppel behält der Vorgeladene, das andere, auf dem die Zustellung vom Ueberbringer verurkundet wird, geht an die vorladende Behörde zurück. Bei Abwesenheit des Vorzuladenden ist die Vorladung einer in der gleichen Wohnung lebenden Person verschlossen zu übergeben. Art. 32 BStP regelt einen weitern Spezialfall: „Hat der Vorgeladene keinen bekannten Wohnsitz in der Schweiz, oder kann ihm die Vorladung aus einem andern Grunde nicht zugestellt werden, so wird sie im Bundesblatt und nach Ermessen der vorladenden Behörde auch im kantonalen Amtsblatt oder in andern Zeitungen veröffentlicht".

Durch die nach obigen Vorschriften ordnungsgemäß zugestellte Vorladung wird die Erscheinungspflicht des Zeugen begründet, d. h. die Pflicht, zur vorgeschriebenen Zeit am vorgeschriebenen Ort persönlich zu erscheinen. Es kann dies sein vor dem Bundesstrafgericht, den Bundesassisen, der Kriminalkammer, oder vor dem Untersuchungsrichter. Bei der Verfolgung von Bundesstrafsachen durch kantonale Behörden kommt kantonales Prozeßrecht zur Anwendung (Art. 247, Abs. 3 BStP). Ohne daß es im Gesetz ausdrücklich angeführt ist, ist in der Erscheinungspflicht auch die Pflicht eingeschlossen, am Orte der Verhandlung so lange zu verbleiben, bis eine ausdrückliche Entlassung durch den Richter erfolgt. Dies gilt auch für schon einvernommene Zeugen, da der Richter genötigt sein kann, sie nachträglich zu einer Konfrontation oder zu einer Ergänzung der Aussage herbeizuziehen. — Der Ort der Verhandlung kann auch ausserhalb der Gerichtsstelle liegen, z. B. am Ort, wo ein Augenschein vorgenommen wird, oder z. B. bei Gebrechlichkeit des Zeugen in dessen Wohnung[44]).

Gautier[45]) umschreibt die Bedeutung der Vorladung folgendermaßen: „On pourrait dire que chacun doit à la justice communication de tout ce dont il put avoir connaissance au sujet d'une infraction donnée, pourvu que la justice le somme de la renseigner. Sans doute l'obligation morale préexiste et persiste,

---

[43]) Man denke an abgelegene Alpgegenden.

[44]) In diesem Falle kann natürlich nicht von Erscheinungspflicht gesprochen werden, sondern hier handelt es sich um die Pflicht, in der Wohnung zu bleiben.

[45]) Gautier, in ZStR **14** 14.

mais le devoir légal, lui, n'existe que pour le témoin ayant reçu une convocation officielle, la citation".

Die Berechtigung zur Verweigerung des Zeugnisses entbindet nicht von der Pflicht zum Erscheinen, denn das Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechtes wird erst vorgängig der Vernehmung in der Hauptverhandlung festgestellt[46]). Im Falle des Art. 77 BStP[47]) würde es sich aber im Interesse der Prozeßökonomie empfehlen, wenn der Richter den Zeugen, der vorgängig der Verhandlung seine Stellung gegenüber dem Beschuldigten anzeigt und bereits mitteilt, daß er nicht aussagen werde, von der Pflicht zum Erscheinen befreien würde. Auch im Falle des Art. 78 BStP (Beamte) wäre es angebracht, wenn der Richter den Zeugen von der Erscheinungspflicht befreien würde, wenn ihm dieser mitteilt, daß sich seine Aussage nur auf Amtsgeheimnisse beziehen könnte, und wenn die Zustimmung der vorgesetzten Behörde noch nicht beigebracht ist.

Zeugen, die auf erfolgte Vorladung hin nicht erscheinen, machen sich strafbar, wenn sie sich nicht genügend für ihr Ausbleiben entschuldigen können (Art. 25 BStP). Löwe betrachtet als Voraussetzung der Strafbarkeit des nichterschienenen Zeugen die strikte Formrichtigkeit der Vorladung[48]). Nach ihm ist deshalb der Zeuge, der unentschuldigt nicht erscheint, nicht strafbar, wenn auch nur ein geringer Formmangel in der Vorladung besteht. Auch Stooß schließt sich Löwe an[49]): „Die Bestrafung des unentschuldigt ausgebliebenen Zeugen setzt in den Fällen Art. 89, Abs. 2 (Vorladung von nicht im Militärdienst befindlichen Zeugen) eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Vorladung voraus, insbesondere mit dem Hinweis auf die Folgen des unentschuldigten Ausbleibens".

Art. 25 BStP, der die Bestrafung der Zeugen und Sachverständigen, sowie anderer Personen, die sich eine Verletzung der ihnen obliegenden gesetzlichen Pflichten in einem Bundesstrafverfahren zuschulden kommen lassen, regelt, lautet folgendermaßen:

---

[46]) Vgl. darüber § 7, II hiernach. Gerland, S. 200, Stenglein, S. 174. Eine interessante Ausnahme von diesem sonst allgemein anerkannten Grundsatze macht § 285 der aarg. StPO: „Personen, welchen das Gesetz gestattet, sich des Zeugnisses im Strafverfahren zu entschlagen, können das Erscheinen in der öffentlichen Sitzung selbst dann ablehnen, wenn sie sich in der Voruntersuchung als Zeugen haben vernehmen lassen".

[47]) Art. 77 BStP: Zeugnisverweigerungsrecht bestimmter Berufspersonen.

[48]) Löwe, N. 1 zu § 51.

[49]) Stooß, MilStGO, N. 1 zu Art. 92.

„Wer in irgend einer Eigenschaft in einem Bundesstrafverfahren mitzuwirken hat und dabei die ihm obliegenden gesetzlichen Pflichten verletzt oder sich eines ungebührlichen Verhaltens schuldig macht, kann vom Gericht oder vom Untersuchungsrichter zu einer Ordnungsbuße von höchstens dreihundert Franken oder bis zu vierundzwanzig Stunden Haft verurteilt werden.

„Ueberdies können Zeugen und Sachverständige, die auf Vorladung ohne genügende Entschuldigung nicht erscheinen, vorgeführt, und Sachverständige, die ihre Pflicht nicht oder nicht rechtzeitig erfüllen, ersetzt werden.

„Fehlbare können ferner zu allen Kosten verurteilt werden, die durch ihre Pflichtverletzung entstanden sind.

„Strafgerichtliche Verfolgung bleibt vorbehalten."

Die Strafe für den unentschuldigt ausgebliebenen Zeugen war im Entwurf nur die Ordnungsbuße von maximal dreihundert Franken. Die Meinung war jedenfalls, durch die polizeiliche Vorführung und diese Ordnungsbuße sei der Anspruch der Justiz auf die Vernehmung der Zeugen gewichtig genug gestaltet. Trotzdem in den Beratungen der Kommissionen und der Räte nie ein Antrag auf Verschärfung dieser Strafen gestellt worden war, wird durch die Vereinigung des Artikels über die allgemeinen Disziplinarbefugnisse des Richters und des Artikels, wo die Bestrafung des unentschuldigt ausgebliebenen Zeugen im Entwurf geregelt war, der unentschuldigt ausgebliebene Zeuge nun auch mit Haft bedroht.

Was die Vorführung der Zeugen anbetrifft, so bemerkt Stooß[50]) zur entsprechenden Bestimmung in der MilStGO, daß der Richter mit Rücksicht auf die Möglichkeit nachträglicher genügender Entschuldigung den Zeugen nicht schon nach einmaligem unentschuldigtem Ausbleiben vorführen lassen wird. Wir schließen uns dieser Ansicht an.

Die Frage wirft sich auf, warum in Absatz 3 die Verurteilung der Fehlbaren zu den verursachten Kosten in das Ermessen des Richters gestellt ist und nicht als unausbleibliche Folge des unentschuldigten Ausbleibens eintritt. Denn auch die Militärstrafgerichtsordnung bestimmt in Art. 92, Abs. 1, letzter Satz: „Derselbe (der unentschuldigt ausgebliebene Zeuge) hat auch die Kosten zu bezahlen, welche er durch seinen Ungehorsam verur-

---

[50]) Stooß, MilStGO, N. 4 zu Art. 92.

sachte." Stooß [51]) bemerkt dazu, daß die Bestrafung — und damit selbstverständlich nach Art. 92, Abs. 1 MilStGO auch die Verpflichtung zum Ersatz der verursachten Kosten — ausgesprochen werden muß, wenn die Voraussetzungen zur Bestrafung gegeben sind. Wenn wir die Entstehung des Art. 25 BStP näher verfolgen, so können wir folgendes feststellen: Im Entwurf lautet Art. 83, Abs. 2, erster Satz: „Der unentschuldigt ausbleibende Zeuge hat die Kosten zu bezahlen, die er durch sein Ausbleiben verursacht". Also kein Ermessen des Richters. Durch die Kommission des Ständerates wurde der Art. 83, Abs. 1 des Entwurfes zusammen mit Art. 97 (betr. die Erscheinungspflicht der Sachverständigen) dem Art. 30 des Entwurfes einverleibt, dessen Abs. 2 zur Zeit der Einfügung die Fassung hatte: „Fehlbare können ferner zu allen Kosten verurteilt werden, die durch ihre Pflichtverletzung entstanden sind". Dieser Absatz, der sich zuerst nur auf die Pflichtverletzungen im allgemeinen bezog, bekam nun durch diese Einverleibung auch Geltung für die unentschuldigt ausgebliebenen Zeugen und Sachverständigen [52]). Dieser Art. 30 wurde dann in das Gesetz als Art. 25 aufgenommen. — Da keine Begründung für diese Abweichung von der Militärstrafgerichtsordnung und auch von der deutschen StPO in den Protokollen der Beratungen zu finden ist, muß diese Fassung wohl als Versehen der zweiten Redaktionskommission betrachtet werden. Denn es wäre auch nicht einzusehen, warum der Zeuge, der unentschuldigt ausbleibt, und derjenige, der ohne gesetzliche Gründe die Aussage oder deren Bekräftigung durch Eid oder Handgelübde verweigert, in der Tragung der durch diese Pflichtverletzungen entstandenen Kosten verschieden behandelt werden sollten. Art. 88, Abs. 2, letzter Satz, lautet deutlich: „Der Zeuge hat die Kosten zu bezahlen, die er durch seine Weigerung (Verweigerung der Aussage, des Eides oder des Handgelübdes) verursacht". Von einem Ermessen des Richters ist auch hier keine Rede. Es wäre auch nicht leicht, Grundsätze zu finden, nach denen sich das Ermessen des Richters richten könnte. Der Richter wird im konkreten Falle nicht weiter unterscheiden wollen als zwischen einer genügenden und einer ungenügenden Entschuldigung. Wenn sie genügt, bleibt

---

[51]) Stooß, MilStGO, N. 1 zu Art. 92.

[52]) Vgl. hiezu StenBull St R 1932 639/640, 647. StenBull NR 1933 892. Protokolle der Kommission des StR, I. Session, S. 29, II. Session, S. 37, 52, 74. Protokoll der Redaktionskommission I S. 15, der Red.-Kommission II hinten S. 10.

der Zeuge straffrei, und wenn sie nicht genügt, wird er eben bestraft und hat auch die verursachten Kosten zu bezahlen.

Wir kommen also zu dem Schlusse, daß jeder nach den gesetzlichen Vorschriften vorgeladene, aber unentschuldigt oder nicht genügend entschuldigte Zeuge zum Ersatz der durch seine Pflichtverletzung entstandenen Kosten zu verurteilen ist. Unter den Kosten sind vor allem diejenigen zu verstehen, die durch die Verlegung der Verhandlung entstehen.

Absatz 4 des Art. 25 BStP („Strafgerichtliche Verfolgung bleibt vorbehalten") bezieht sich u. E. nicht auf dieses unentschuldigte Ausbleiben eines Zeugen, da dieses in den Absätzen 1—3 abschließend behandelt ist, sondern wiederum auf die nicht einzeln angeführten Pflichtverletzungen des Abs. 1 des Art. 25 [53]).

[53]) Eine gewisse Kritik an der Redaktion dieser Strafbestimmungen scheint hier nicht unangebracht. Das oben dargestellte beweist deutlich, daß es nicht zur Vereinfachung eines Gesetzes beiträgt, wenn möglichst viele Bestimmungen in den gleichen Artikel hineingepfercht werden, wenn dadurch auch eine möglichst kleine Artikelzahl für ein Gesetz erreicht wird. Und dann sollten in einem solchen Artikel insbesondere nicht Spezialbestimmungen mit solchen allgemeinen Charakters vermengt werden, wie das hier geschehen ist. Redaktion und auch Systematik waren zweifellos im Entwurfe besser als im nunmehrigen Gesetz. Im Entwurfe waren in Art. 82 die Vorladung geordnet und in Art. 83 die Strafbestimmungen für den Fall, daß der Zeuge der Vorladung keine Folge leistete. Im geltenden Gesetz hat man dann unter dem Titel „Disziplinarbefugnisse und Sitzungspolizei" alle einschlägigen Strafbestimmungen sammeln wollen, was aber wiederum nicht konsequent durchgeführt worden ist, was Art. 88 des Gesetzes beweist, in dem die Strafbestimmungen bei ungerechtfertigter Verweigerung der Aussage, des Eides und des Handgelübdes geordnet sind.

§ 2. Ungerechtfertigte Verweigerung der Erfüllung der Zeugenpflichten.

1. Jedermann ist verpflichtet, Zeugnis abzulegen (Art. 74 BStP), sofern ihm nicht ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht oder seiner Einvernahme ein Verbot entgegensteht [1]). Um die Erfüllung dieser Pflichten zu erzwingen, hat das Gesetz in Art. 25 und 88 Maßnahmen und Sanktionen festgelegt. Ueber die Folgen des unentschuldigten Nichterscheinens haben wir schon gesprochen [2]). Die Erfüllung der weitern Pflichten des Zeugen, die Erfüllung der Aussagepflicht und der Pflicht, diese Aussage zu bekräftigen durch Eid oder Handgelübde, kann vom Richter nicht tatsächlich erzwungen werden, wie das bei der Erscheinungspflicht

[1]) Wir verweisen an dieser Stelle auf § 1 hiervor.
[2]) Vgl. § 1 Ziff. II, 3 hiervor.

möglich ist, wenn der ausbleibende Zeuge in Reichweite der Polizeiorgane sich befindet. Der Gesetzgeber hat deshalb dem Richter hier Strafmaßnahmen, durch deren Androhung, und Zwangsmaßnahmen, durch deren Verhängung er auf den widerspenstigen Zeugen einwirken kann, zur Verfügung gestellt. Die betreffenden Bestimmungen sind in Art. 88 BStP enthalten.

Wie die Bestimmungen über die Zeugen allgemein, so gelten auch diejenigen des Art. 88 sowohl für widerspenstige Zeugen in der Voruntersuchung, wie auch im Hauptverfahren [3]).

Die Bestimmungen der Art. 25 und 88 BStP stehen in völliger Unabhängigkeit voneinander da. Ist z. B. ein Zeuge nicht erschienen vor Gericht, weil er meinte, er sei zeugnisverweigerungsberechtigt und als solcher nicht verpflichtet, vor Gericht zu erscheinen, und verweigert dieser Zeuge, später vorgeführt oder freiwillig erschienen, die Aussage, so ist er sowohl gemäß Art. 25 als auch gemäß Art. 88 BStP zu bestrafen [4]).

Die Maßnahmen des Art. 88 BStP sind zu ergreifen auch wenn der Zeuge nur teilweise seine Aussage verweigert.

Anticipando können wir feststellen, daß die Maßregeln bei Verweigerung der Beeidigung und des Handgelübdes denjenigen bei Verweigerung der Aussage völlig gleichstehen. Wir werden daher bei der Behandlung des Eides und des Handgelübdes nicht mehr darauf zurückkommen.

2. Der BStP hat den Maßnahmen, die dem Richter gegenüber dem widerspenstigen Zeugen zur Verfügung stehen, verschiedenen Charakter verliehen. Zum Teil stellen sie Zwangsmittel dar, zum Teil sollen sie rein strafend wirken und zum dritten Teil bestehen sie in der Verpflichtung des Zeugen zum Ersatz des Schadens, den er durch seinen Ungehorsam angerichtet hat. Abweichend z. B. von der deutschen StPO (§ 70) verlangt der BStP vom Richter in erster Linie die Anwendung von Zwangsmitteln gegenüber dem ungehorsamen Zeugen. Der Zeuge, der ohne gesetzlichen Grund die Aussage verweigert, oder weder Eid noch Handgelübde ablegt, kann vom Richter in Haft gesetzt werden, jedoch nicht länger als 24 Stunden. Und diese Zwangshaft hört auf, sobald ihr Zweck erreicht ist, d. h. sobald der Zeuge sich zur Aussage bequemt. Wir können diese Haft mit dem zutreffenden Ausdruck „Beugehaft" bezeichnen: Der widerspenstige Wille des Zeugen

[3]) Vgl. Stooß, MilStGO, Vorbemerkungen zu den Abschnitten VII und VIII.
[4]) Vgl. dazu Löwe, N. 3a zu § 70.

soll gebogen, zum Gehorsam zurückgeführt werden. Auffallend ist beim BStP die kurze Dauer dieser Zwangshaft. Man fragt sich daher, ob sie in dieser kurzen Zeit überhaupt irgend eine Wirkung hervorzubringen vermag. Beispielsweise die deutsche StPO bestimmt [5]), daß die Zwangshaft nicht über die Zeit der Beendigung des Verfahrens in der Instanz, und längstens sechs Monate dauern soll (bei Uebertretungen nicht über sechs Wochen). Eine solche Haft muß eine ganz andere Wirkung ausüben auf den widerspenstigen Zeugen, als die 24 Stunden, die der BStP dem Richter zugesteht. Auch die MilStGO bestimmt eine Zwangshaft von immerhin 90 Tagen [6]).

Die Zwangshaft ist sofort vollstreckbar, sobald sie vom Richter verfügt wird [7]). Dies geht schon aus ihrem Zweck hervor; sie muß ihren unmittelbaren Einfluß auf den Zeugen ausüben.

Die Zwangshaft kann auch mehrmals verhängt werden. Es läßt sich denken, daß der Zeuge nach ein paar Stunden Haft sich zur Aussage bereit erklärt, jedoch im Laufe der Vernehmung wiederum eine Frage ohne gesetzlichen Grund nicht beantwortet. In einem solchen Falle wird die Zwangshaft neuerdings verhängt, doch darf die insgesamt verfügte Zwangshaft die Maximaldauer von 24 Stunden nicht übersteigen. Das geht aus der Ueberlegung hervor, daß der Zeuge sonst ja in einem solchen Falle eine längere Haft ausstehen müßte, als wenn er überhaupt gar nichts ausgesagt hätte. Dann weiter deshalb, weil das gesamte Verhalten eines Zeugen gleichsam als Einheit betrachtet wird in einem Verfahren, und das selbst dann, wenn er das Zeugnis vor verschiedenen Instanzen verweigert. Das Verhalten des Zeugen wird auch dann als Einheit behandelt, wenn er zuerst die Aussage verweigert, nach Verbüßung eines Teils der Zwangshaft sich zur Aussage bereit erklärt, jedoch später die Bekräftigung durch Eid oder Handgelübde verweigert. Auch in diesem Fall darf nicht bei der Verweigerung der Aussagebekräftigung die Zwangshaft unabhängig von derjenigen bei der Aussageverweigerung verfügt werden. Denn auch hier greift wieder die Ueberlegung Platz, wie oben: Wenn der Zeuge überhaupt nicht ausgesagt hätte, hätte es auch nichts zu bekräftigen gegeben, und die Zwangshaft hätte nur einmal verhängt werden können.

---

[5]) § 70, Abs. 2 deutsche StPO.
[6]) Art. 93 MilStGO.
[7]) Stooß, MilStGO, N. 5 zu Art. 93.

Absatz 2 des Art. 88 BStP lautet folgendermaßen:

„Beharrt der Zeuge ohne gesetzlichen Grund auf seiner Weigerung, so belegt ihn der Richter mit einer Ordnungsbuße von bis zu dreihundert Franken oder mit Haft bis zu zehn Tagen. . . ."

In diesem Absatz werden nun die Strafmaßnahmen gegen den widerspenstigen Zeugen festgesetzt im Gegensatz zu den Zwangsmaßnahmen, die wir eben behandelt haben. Aus der Fassung dieses Absatzes „Beharrt der Zeuge auf seiner Weigerung . . ." scheint hervorzugehen, daß der Zeuge nur dann mit Strafe belegt werden kann, wenn die Zwangshaft, ohne die erhoffte Wirkung gezeitigt zu haben, abgelaufen ist. Diese Regelung scheint jedoch nicht ganz den verfolgten Zwecken zu entsprechen. Die Verhängung der Zwangshaft ist in das Ermessen des Richters gestellt. Angenommen, der Richter sieht nun ein, daß die Verhängung der Zwangshaft in einem konkreten Falle nicht zum Ziele führen wird, so kann er davon absehen. Denn andernfalls würde sie ihren Charakter als Beugehaft verlieren, sie würde nur noch zu Strafzwecken dienen. Soll aber der Richter nun in diesem Falle, wo er die Zwecklosigkeit der Beugehaft klar erkennt, und deshalb von ihrer Verhängung absieht, diesen Zeugen nicht bestrafen können? U. E. sollte dies trotzdem möglich sein. Die Wendung „Beharrt der Zeuge auf seiner Weigerung" soll demnach nicht in dem engen Sinne ausgelegt werden, daß sich das Beharren auf die Zeit der Zwangshaft bezieht, sondern in dem weiten Sinne, daß es ganz allgemein bedeutet, daß die Strafmaßnahmen ergriffen werden sollen, wenn der Zeuge nicht zu einer Aussage zu bewegen ist.

Die Bestrafung des Zeugen, der auf seiner Weigerung beharrt, ist nur inbezug auf die Höhe der Strafe in das Ermessen des Richters gestellt. Aber eine Strafe muß ausgesprochen werden, und wenn es auch nur die Minimalstrafe von einem Franken ist. Das Ermessen des Richters wird sich in dieser Beziehung nach den mehr oder weniger achtenswerten oder verwerflichen Motiven richten, die den Zeugen zu seinem Verhalten veranlaßten.

Der letzte Satz des Art. 88, Abs. 2 bestimmt endlich:

„Der Zeuge hat die Kosten zu bezahlen, die er durch seine Weigerung verursacht".

Die Verurteilung zum Ersatz der verursachten Kosten muß in allen Fällen erfolgen, wo solche durch eine Weigerung des Zeugen entstanden sind. Und zwar kann diese Verurteilung nicht

auf die Fälle beschränkt werden, wo der Zeuge auf seiner Weigerung beharrt, wie das vielleicht aus der Darstellung des Art. 88 hervorgehen könnte[8]). So muß der Zeuge auch zum Ersatz der Kosten verurteilt werden, wenn er nach Absitzen eines Teils der Zwangshaft sich zur Aussage bereit erklärt, die Verhandlung z. B. aber schon vertagt worden ist und nun neu angesetzt werden muß.

3. Das Gesetz spricht vom „Richter", der diese Verfügungen gegenüber dem widerspenstigen Zeugen trifft. Es fragt sich nun, wer in den einzelnen Verfahrensabschnitten damit gemeint ist. Art. 146, Abs. 1 bestimmt für die Hauptverhandlung folgendermaßen: „Der Präsident leitet die Verhandlung und trifft die Verfügungen, die nicht dem Gerichte vorbehalten sind. . . ." Art. 88, von dem wir handeln, spricht vom „Richter", der die Maßnahmen gegen widerspenstige Zeugen treffe. Danach wäre in Verbindung mit Art. 146 klar, daß mit Richter in diesem Falle — für die Hauptverhandlung — der Präsident gemeint ist. Stutzig wird man jedoch dann, wenn man von der Spezialbestimmung des Art. 88 zu der allgemeinen in Art. 25 BStP enthaltenen übergeht, wo von den Disziplinarmaßnahmen im allgemeinen und daneben noch von den Sachverständigen und Zeugen, die der Vorladung keine Folge leisten, die Rede ist. Es wird dort bestimmt, daß geringere Strafen (Geldbuße bis Fr. 300.—, aber Haft nur bis zu 24 Stunden) als sie in Art. 88 angedroht sind, „vom Gericht oder vom Untersuchungsrichter" verhängt werden. Wenn wir als allgemeine Bestimmung Art. 25, Abs. 1 zur Interpretation der speziellen in Art. 88 heranziehen, so kommen wir zum Schlusse, daß in der Hauptverhandlung das Gericht und nicht der Präsident, wie wir vorhin festgestellt haben, die Maßnahmen gegen widerspenstige Zeugen zu treffen hat, insbesondere, da nach Art. 88 schwerere Strafen ausgesprochen werden können (Haft bis zu zehn Tagen), als nach Art. 25.

Wenn wir jedoch die Zwangshaft als sitzungspolizeiliche Maßnahme betrachten, so kommen wir per analogiam mit Art. 26 BStP zum Schlusse, daß diese Maßnahme vom Präsidenten getroffen werden kann. Wir hätten dann das Ergebnis, daß die Zwangshaft als sitzungspolizeiliche Maßnahme vom Präsidenten verfügt werden kann, daß die Bestrafung des widerspenstigen Zeugen jedoch nur vom Gericht ausgesprochen werden kann.

---

[8]) Der Gesetzgeber hätte hier besser getan, wenn er diesen letzten Satz des Abs. 2 des Art. 88 als neuen Absatz diesem angefügt hätte.

Für die Voruntersuchung ist die Sache klar, da dort der Untersuchungsrichter die sitzungspolizeiliche wie auch die Disziplinargewalt ausübt.

Nach deutschem Recht stehen diese Befugnisse gegenüber widerspenstigen Zeugen auch dem ersuchten Richter zu [9]). Und zwar so, daß der ersuchte Richter, wenn Gefahr im Verzuge ist, sie auch ausübt. In den andern Fällen aber wird er die Entscheidung des ersuchenden Richters oder Gerichtes abwarten. Seine allfällige Entscheidung ist immer nur vorläufig, das ersuchende Gericht wird dann entscheiden, ob z. B. der Weigerungsgrund, der vom ersuchten Richter nicht anerkannt wurde, nicht doch eventuell vorhanden sei gerade in den Fällen des § 55 der deutschen StPO (entspricht dem Art. 79 BStP [10]). U. E. kann man sich auch für den BStP diesen Leitsätzen anschließen.

---

[9]) § 70, Abs. 3 deutsche StPO.
[10]) Löwe, N. 10c zu § 70.

§ 3. Allgemeines über das Zeugnisverweigerungsrecht.

1. Ausnahmen von der Zeugnispflicht können aus verschiedenen Gründen gerechtfertigt sein. Sie bilden den Gegensatz zu der allgemeinen Zeugnispflicht, und gehen hervor aus Abwägungen der Interessen des Staates, d. h. der Justiz, an der Erforschung der Wahrheit, und der Interessen einzelner auf Geheimhaltung gewisser Tatsachen, deren Offenbarung verwandtschaftliche Beziehungen, die berufliche Vertrauenssphäre, Amtsgeheimnisse oder den Ruf des Zeugen selbst oder seiner Angehörigen gefährden würde. Andererseits ist ein weiterer Grund zur Schaffung der Zeugnisverweigerungsrechte der, daß der Richter, wenn er die Personen, die nun von der Zeugnispflicht ausgenommen sind, zur Aussage zwingen würde, sich doch nicht auf die so erhaltenen Aussagen verlassen könnte, da im Zeugen vielleicht die Angst vor der Offenbarung ihm wichtiger Geheimnisse in manchen Fällen größer ist, als die Angst vor falscher Aussage und Falscheid. Im ganzen stellt sich die Ausbildung der Ausnahmen von der Zeugnispflicht aber doch als eine Entwicklung der Individualrechte und ein Zurücktreten des Staates und damit der Allgemeinheit vor dieser persönlichen Sphäre dar. Es war

weniger die Angst vor Fehlurteilen, die die Gesetzgeber bewog, diese Ausnahmen zu statuieren. Denn die Entwicklung des Prinzips der freien Beweiswürdigung hätte ja dem Richter immer noch die Möglichkeit gelassen, in Ansehung der betreffenden Verhältnisse des Zeugen die Aussage entsprechend zu würdigen.

Im BStP finden wir die Ausnahmen von der Zeugnispflicht in zwei Formen vor: Entweder wird gewissen Personen ein Recht zur Verweigerung des Zeugnisses gegeben, oder es wird dem Richter ein Verbot auferlegt, gewisse Personen zu vernehmen.

2. Die Privilegierung gewisser Verhältnisse und Umstände ist in gewissem Sinne einseitig so vorgenommen worden, daß das Recht, sich auf die Ausnahme von der Zeugnispflicht zu berufen, immer nur dem Zeugen zusteht. Gerade der Beschuldigte hat nicht etwa einen Anspruch darauf, daß der Zeuge von seinem Zeugnisverweigerungsrechte Gebrauch macht. Ebenso ist es dem Staatsanwalt und auch dem Richter verboten, in irgend einer Weise auf den Zeugen einzuwirken, um ihn zur Aussage oder zur Versteifung auf sein Recht zu bewegen.

Der Beschuldigte hat wohl kein Recht darauf, auf den Zeugen in irgend einer Weise einzuwirken, aber er hat das Recht, darüber zu wachen, daß die Vorschriften, die das Zeugnisverweigerungsrecht betreffen, beachtet werden von Seiten des Gerichtes. Zur Wahrung dieses Rechtes steht dem Beschuldigten nach eröffnetem Urteil der Bundesassisen, der Kriminalkammer oder des Bundesstrafgerichtes die Nichtigkeitsbeschwerde gemäß Art. 220, Ziff. 3 BStP zu, wenn die Verletzung der prozeßualen Formen während der Hauptverhandlung geschah und dem Beschuldigten dadurch Rechtsnachteile erwachsen sind. Sind die Verstöße gegen diese Normen während der Voruntersuchung begangen worden, so steht dem Beschuldigten die Beschwerde nach Art. 214 f. BStP zu[1]).

3. Wenn ein Zeuge, dem das Recht der Zeugnisverweigerung zusteht, sich zur Aussage bereit erklärt, so begibt er sich damit trotzdem nicht seines Rechtes auf Verweigerung des Zeugnisses[2]). Nach Art. 76 BStP kann der zur Aussage bereite Zeuge seinen Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht auch während der Vernehmung widerrufen. Die bereits gemachten Aussagen bleiben dagegen bestehen. Diese Gestaltung des Zeugnisverweigerungsrechtes kann dazu führen, daß der Zeuge nur auf einzelne Fragen

[1]) Stämpfli, N. 4 zu Art. 220.
[2]) Anders z. B. § 132 der zürcherischen StPO.

hin Antwort erteilt und auf andere Fragen sie verweigert. Das kann dahin ausarten, daß ein dem Beschuldigten bösgesinnter verweigerungsberechtigter Zeuge immer nur dann die Fragen des Richters beantwortet, wenn er mit seiner Aussage dem Beschuldigten schaden kann. Es wird so dem Zeugen möglich sein, ein ganz entstelltes Bild über gewisse Tatsachen zu schaffen, trotzdem seine Aussagen stets der Wahrheit entsprechen. Meistens wird natürlich der umgekehrte Fall vorliegen, nämlich der, daß nur für den Beschuldigten günstige Fragen beantwortet werden. In beiden Fällen hat es der Richter auf Grund des Prinzipes der freien Beweiswürdigung in der Hand, diese einseitigen Aussagen entsprechend zu würdigen.

4. Die Aussagen eines Zeugen, die er in der Voruntersuchung gemacht hat, wo er auf das Zeugnisverweigerungsrecht verzichtet hat, dürfen in der Hauptverhandlung nicht verlesen werden, wenn sich der Zeuge nun hier auf das Zeugnisverweigerungsrecht beruft. Dies geht schon aus dem Prinzip der Unmittelbarkeit hervor. Denn der unmittelbare Eindruck auf das Gericht muß in diesem Falle der sein, daß der Zeuge eben nicht aussagen will, und er darf nicht abgeschwächt werden durch Verlesen des Protokolles einer früheren Aussage. Weiter können wir das Verbot des Verlesens einer früheren Aussage in diesem Falle auch aus dem Art. 164, Abs. 2 per argumentum e contrario herauslesen:

„Ist ein Zeuge, ein Sachverständiger oder ein Angeklagter gestorben oder kann er aus einem andern zwingenden Grunde in der Hauptverhandlung nicht einvernommen werden, so darf seine Aussage verlesen werden".

Die Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechtes kann selbstverständlich nicht als „zwingender Grund" im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden [3]). Unter zwingenden Gründen können etwa plötzliche Geisteskrankheit, unbekannter Aufenthalt oder Landesabwesenheit verstanden werden. Es scheint klar, daß der Fall, wo ein zeugnisverweigerungsberechtigter Zeuge es verweigert, eine früher gemachte Aussage zu wiederholen, nicht unter die Bestimmung des Art. 164 fallen kann, da er, wie wir gesehen haben, nicht als zwingender Grund im Sinne dieser Bestimmung in Betracht kommt; denn sollte der Gesetzgeber auch diesen Grund als zwingenden Grund im Sinne dieser Bestimmung

---

[3]) Anderer Ansicht: Stalder, S. 47.

betrachtet haben, so hätte er besonders angeführt werden müssen, da er einen höchst speziellen Charakter trägt und nicht einen allgemeinen Grund darstellt wie die oben angeführten. Ein Urteil, das auf Grund oder unter Berücksichtigung einer solchen verlesenen Aussage gefällt wäre, würde der Nichtigkeitsbeschwerde gemäß Art. 220, Ziff. 3 unterliegen [4]).

Man kann auch nicht aus Art. 76, Abs. 2 BStP herauslesen, daß ein Verlesen des Protokolls aus der Voruntersuchung gestattet sei in einem solchen Falle, wenn es dort heißt, daß die bereits gemachten Aussagen eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen bestehen bleiben, wenn er im Verlaufe der Vernehmung seinen Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht widerruft. Diese Bestimmung will nichts anderes sagen, als daß eine solche Aussage im Rahmen des Unmittelbarkeitsprinzipes, also innerhalb der Verhandlung, wo sie gemacht wurde, ihre Geltung behält.

Das deutsche Reichsgericht hat in konstanter Praxis [5]) eine Umgehung der entsprechenden Bestimmungen der deutschen StPO [6]) und damit des Unmittelbarkeitsprinzipes zugelassen in dem Sinne, daß an Stelle der Verlesung andere Zeugen, Gerichtsschreiber, Richter, Polizeipersonen, die bei der früheren Aussage zugegen waren, über dieselbe vernommen wurden. U. E. ist dies eine Umgehung, die nicht zugelassen werden darf, da sie wie gesagt auch eine Umgehung des Prinzipes der Unmittelbarkeit darstellt, und zwar eine gefährlichere Umgehung, als dies eine Verlesung des Protokolles der Aussage sein würde. Denn das Protokoll würde sicher bessern Aufschluß über die Aussage geben, als diese andern Personen, die der Aussage nur mehr oder weniger aufmerksam beigewohnt haben. Doch Stenglein [7]) bemerkt zu dieser Praxis: „Positive Gründe lassen sich gegen die bisherige Praxis des Reichsgerichtes nicht anführen. Die Gesetzesmaterialien sind nicht klar, und, da sie nur Meinungen einzelner bringen, nicht entscheidend. Nimmt man nicht Anstand, Aussagen über außergerichtliche Aussagen verweigerungsberechtigter Zeugen entgegenzunehmen, so ist es schwer, einzusehen, weshalb freiwillig gemachte gerichtliche Depositionen nicht bewiesen werden

---

[4]) Vgl. Stämpfli. N. II, 3 zu Art. 220, und die dort zitierte Literatur und BGE 30 I 393, Erw. 4.

[5]) Als Beispiel sei angeführt: RGE IX, 342.

[6]) §§ 250—252 deutsche StPO.

[7]) Stenglein, Die Strafprozeßordnung, 1898, Anm. 2 zu § 51.

sollen, nachdem dem Zeugen durch die Belehrung der Ernst seiner Aussage klar gemacht worden war. Die Schonung des Gefühls dieser Angehörigen ist erreicht, wenn sie nicht persönlich aufzutreten haben. Durch die Möglichkeit einer Zeugnisverweigerung nach erklärtem Verzicht ist das Möglichste geschehen und jeder Zeuge muß sich bewußt sein, daß ein einmal abgelegtes Zeugnis nicht mehr ihm gehört. Das Interesse der Wahrheit steht höher als die einmal preisgegebenen Gefühle des Einzelnen".

Doch konnte begreiflicherweise diese Praxis des Reichsgerichtes der überwiegenden Mehrheit der Vertreter der Doktrin nicht ihre Meinung aufzwingen, da sie nach näherer Prüfung mit dem Wortlaute des Gesetzes und aber hauptsächlich mit der offensichtlichen ratio des Gesetzes im Widerspruch steht. Denn das Gesetz, und hauptsächlich die deutsche StPO mit § 252, will selbstverständlich, daß das Protokoll einer frühern Aussage eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Weigerungsrechte Gebrauch macht, nicht nur nicht verlesen wird, sondern daß diese frühere Aussage überhaupt nicht für die Urteilsfindung verwertet wird. Denn wenn das Gesetz eine Verwertung einer solchen Aussage gewünscht hätte, so wäre sicher die einfachste Lösung die gewesen, daß es eben gestattet hätte, daß das Protokoll einer solchen Aussage verlesen würde. So schreibt denn Löwe [8]): „Obwohl § 252 ausdrücklich nur die Verlesung verbietet, entspricht es doch offenbar dem Zweck des Gesetzes, auch jede andere Form der Verwertung der Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen, zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Zeugen, der von diesem Recht in der Hauptverhandlung Gebrauch macht, unter das Verbot zu stellen, also ein Beweisverbot zu schaffen, das insbesondere auch die Vernehmung von Beamten als Zeugen ausschließt, die bei der Vernehmung dieses Zeugen amtlich mitgewirkt haben. Diese Auffassung ergibt sich zwingend aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift (StenB. S. 507 ff.) und wird von der Rechtslehre einhellig vertreten" [9]).

U. E. liegt auch den Bestimmungen des BStP die gleiche ratio legis zugrunde, wie der deutschen StPO, und wir haben deshalb der Doktrin und nicht der Praxis des Reichsgerichtes Folge zu geben.

---

[8]) Löwe, N. 3 zu § 252.

[9]) Literatur bei Löwe. N. 3 zu § 252. Vgl. auch RGSt **48** 246, **51** 123.

§ 4. Die zeugnisverweigerungsberechtigten Angehörigen.

I. Allgemeines.

1. Es handelt sich hier um das Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen des Beschuldigten. Der Zeuge soll nicht gezwungen werden, zu Ungunsten des ihm bis zu einem bestimmten Grade verwandten Beschuldigten auszusagen. Um den Zeugen, der mit seiner wahrheitsgemäßen Aussage den Beschuldigten belasten müßte, nicht der Gewissensqual auszusetzen, eventuell durch seine Aussage zur Verurteilung eines Gliedes seiner Familie beizutragen, hat ihn der Gesetzgeber von der Zeugnispflicht ausgenommen und hat es seinem eigenen moralischen Empfinden überlassen, Aussagen zu machen oder nicht. Durch Erteilung dieses Privileges hat es der Gesetzgeber vermieden, den Zeugen in einen innern Konflikt zu bringen, der entstehen würde zwischen dem Interesse am Beschuldigten und der Pflicht zur Wahrheitsbekundung. Der Gesetzgeber wollte mit der Vermeidung dieses innern Konfliktes beim Zeugen auch den äußern Konflikt, der in der Familie des Beschuldigten und des Zeugen entstehen würde, vermeiden. Und nicht zuletzt hat er durch Statuierung dieses Privilegs zur Vermeidung zahlreicher Fälle von falscher Aussage und von Meineid beigetragen, die der Befürchtung, die Bekundung der Wahrheit könnte zum Nachteil des Beschuldigten werden, entsprungen wären.

2. Der Gesetzgeber hat aber nicht ein Beweisverbot errichten wollen inbezug auf die Verwandten des Beschuldigten als Zeugen. Denn durch den Ausschluß dieser Kategorie von Zeugen durch ein Beweisverbot wären der Rechtspflege eine ganze Reihe wichtiger Zeugen entzogen worden, wichtig insofern, als oft die Familienangehörigen eines Beschuldigten am besten über eine in Frage stehende Straftat unterrichtet sind. Und weiter sollten durch ein Beweisverbot nicht dem Beschuldigten Zeugen entzogen werden, die eventuell zu seiner Entlastung aussagen könnten, ja die vielleicht seine einzigen Entlastungszeugen darstellen.

3. Wenn aber das Zeugnisverweigerungsrecht Platz greifen soll, dann muß der Zeuge gemäß Art. 75 BStP auch wirklich Angehöriger des Beschuldigten sein, und zwar in einem der Grade, die durch diesen Artikel privilegiert sind. Zur Entscheidung dieser Frage, ob dieses Angehörigenverhältnis vorhanden ist, ist der

Zeitpunkt der Vernehmung für den Fall maßgebend, wo das Angehörigenverhältnis im Verlaufe des Verfahrens wegfällt. Anders, wenn es erst im Laufe des Prozesses begründet wird: Hier wirkt das Zeugnisverweigerungsrecht nicht nur für den Zeitpunkt der Vernehmung, sondern es wirkt auch zurück auf die ganze Dauer des Verfahrens. Das geht ohne weiteres aus der ratio legis hervor: Das Gesetz will durch die Privilegierung den Angehörigen davor bewahren, in einen innern Konflikt zu kommen. Dieser würde aber auch entstehen, wenn der Zeuge durch eine frühere Aussage, wo das Angehörigenverhältnis noch nicht bestand, zu einer Bestrafung des nunmehrigen Angehörigen beigetragen hätte. Deshalb kommen wir zum Schlusse, daß das Protokoll einer solchen früheren Aussage nicht verlesen werden darf in der Hauptverhandlung, wenn der Zeuge, der inzwischen in ein Angehörigenverhältnis zum Beschuldigten getreten ist, gestützt darauf nun das Zeugnis verweigert. Die frühere Aussage kommt also für die Urteilsfindung nicht mehr in Betracht.

Die Ausnahme von der Zeugnispflicht muß naturgemäß auch Platz greifen, wenn das Verfahren gegen mehrere Beschuldigte gerichtet ist, der Zeuge aber nur zu einem von ihnen in einem Verhältnis gemäß Art. 75 steht. Denn wenn der Zeuge auch nur inbezug auf einen der Mitbeschuldigten aussagen sollte, so ist doch die Tragweite der Aussage für den Beschuldigten, inbezug auf den der Zeuge ein Zeugnisverweigerungsrecht geltend machen könnte, nicht zum Voraus abzusehen [1]). Nach deutscher Praxis fällt die Ausnahme von der Zeugnispflicht sogar auch dann nicht dahin, wenn derjenige Beschuldigte, dessen Angehöriger der Zeuge ist, bereits verstorben oder rechtskräftig abgeurteilt ist, und die gegenwärtige Verhandlung nur noch Mitbeschuldigte betrifft. Noch weniger notwendig ist, daß der Verfahrensabschnitt, in dem sich die Sache hinsichtlich der einzelnen Mitbeschuldigten befindet, derselbe sei. Immer aber muß, wenn eine Ausnahme von der Zeugnispflicht gemacht werden soll, gegen die mehreren Beschuldigten ein zusammenhängendes einheitliches Verfahren, wenn auch nicht im Zeitpunkt der Ausnahme bestehen, so doch einmal bestanden haben [2]).

Diese Praxis des Reichsgerichtes scheint inbezug auf das Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen etwas weit gespannt. Denn

[1]) Sträuli, N. 3 zu § 373.
[2]) RGSt **27** 270, **33** 350, RG vom 10. III. 1932, II. Strafsenat 58/32.

wenn der Angehörige des Zeugen schon abgeurteilt ist, so ist es nicht nötig, daß ihm trotzdem die Eigenschaft eines Beschuldigten belassen wird, damit das Zeugnisverweigerungsrecht geltend gemacht werden kann. Denn hier greift für den BStP das Zeugnisverweigerungsrecht des Art. 79 BStP ein, das ja auch der Bestimmung des § 55 der deutschen StPO entspricht, wonach auch demjenigen Zeugen, der durch seine Aussage einen Angehörigen strafgerichtlicher Verfolgung aussetzen würde, ein Zeugnisverweigerungsrecht gegeben ist.

4. Es erhebt sich schließlich die Frage, ob der Richter es als ein Indizium gegen den Beschuldigten ansehen darf, wenn die Angehörigen des Beschuldigten gestützt auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht die Aussage verweigern. Glaser [3]) bemerkt dazu folgendes: „Sagen die Angehörigen des Beschuldigten zu dessen Gunsten aus, so wird ihr Zeugnis nicht ohne weiteres mit Mißtrauen aufgenommen, aber doch vorsichtig geprüft werden müssen; gerade die ihnen eröffnete Möglichkeit, eine ungünstige Aussage zu unterlassen, läßt annehmen, daß sie sich nur vernehmen lassen, weil sie günstiges bezeugen können. Die Zwischenfälle, die sich ergeben können, wenn der Zeuge, der sich schon vernehmen ließ, während derselben Vernehmung oder in einem spätern Stadium des Verfahrens vom Zeugnis wieder zurücktritt, werden ebenfalls geeignet sein, Beiträge für die Würdigung der erfolgten Aussage (soweit diese noch zur Grundlage des Urteils dienen kann) zu bieten. Ausdrückliche Folgerungen zum Nachteil des Angeschuldigten aus der bloßen Tatsache zu ziehen, daß der Zeuge von seinem Recht Gebrauch macht, verstößt gegen den Geist des Gesetzes; es wird sonst der Zeuge in die Zwangslage gebracht, lieber auszusagen als seinen Angehörigen solchem Verdacht auszusetzen. Ueberdies kann dieser Verdacht ganz unbegründet sein; der Zeuge kann aus Aengstlichkeit oder selbst aus Gehässigkeit schweigen. Letzteres wird wohl in der Regel der Grund sein, wegen dessen der Zeuge ungünstiges freiwillig aussagt, und es wird dies stets anzunehmen sein, sobald nicht ein anderes Motiv erkennbar ist".

Dieser Darstellung Glasers können wir ohne weiteres beipflichten. Insbesondere halten wir fest, daß die Verweigerung der Aussage von Seiten der Angehörigen k e i n Indizium für die

---

[3]) Glaser, Beiträge, S. 255.

Schuld des Angeklagten darstellen kann, da eine solche Annahme dem Zwecke des Gesetzes widersprechen würde.

II. Verwandte.

1. In Art. 75 gibt der BStP den Verwandten in gerader Linie und den Geschwistern des Beschuldigten ein Zeugnisverweigerungsrecht.

Das Zeugnisverweigerungsrecht steht den Verwandten in gerader Linie unbeschränkt zu. So wird es auch in den meisten Gesetzgebungen bedingungslos zugestanden. Denn das Eltern- und Kindesverhältnis ist wohl diejenige verwandtschaftliche Beziehung, die allerorts am meisten respektiert wird.

Gesetzgeberisch interessante Ausnahmen finden wir in einigen kantonalen Gesetzen[4]), wonach das Zeugnisverweigerungsrecht der Blutsverwandten dahinfällt, wenn sich das Delikt gegen die eigene Familie richtete. Der Grund dieser Bestimmung liegt ohne Zweifel darin, daß das Verhältnis in den meisten Familien, wo solche Straffälle vorkommen, doch nicht mehr von so hohem ethischem Werte ist, daß es durch ein Zeugnisverweigerungsrecht geschützt zu werden brauchte.

Eine andere Ausnahme macht Zürich in § 373 StPO. Danach können Eltern, und nach Sträuli[5]) auch andere Verwandte, sofern sie als Erzieher in Frage kommen, das Zeugnis über persönliche und Familienangelegenheiten nicht verweigern, wenn sich das Verfahren gegen Kinder oder Jugendliche richtet. Durch diese Bestimmung soll u. E. vor allem die Möglichkeit geschaffen werden, die Motive der Tat des Jugendlichen näher zu ergründen. Denn nur wenn der Richter diese kennt, kann er bei der Strafausfällung, die beim Jugendlichen in erster Linie eine Erziehungsmaßnahme darstellt, das Richtige treffen.

2. Das Zeugnisverweigerungsrecht der ehelichen Verwandten ist im Gesetz klar geordnet, sodaß wir nicht weiter darauf einzugehen brauchen. Es ist einzig festzustellen, daß u. E. die Halbgeschwister den Vollgeschwistern gleichzustellen sind. Es liegt in der ratio legis, die hier das Familienleben schützen und nicht Mißtrauen in dasselbe bringen will, daß selbstverständlich auch

---

[4]) Luzern, Art. 150, Obwalden, § 81, Thurgau, Art. 127 (Schwurgerichtsgesetz). Vgl. über den eventuellen Ursprung dieser Ausnahmen Neumann, S. 100.
[5]) Sträuli, N. 3 zu § 373.

die Halbgeschwister des Beschuldigten von der Zeugnispflicht ausgenommen sind.

Was uns jedoch näher beschäftigen wird, ist die Frage, inwiefern das Zeugnisverweigerungsrecht auch inbezug auf die außereheliche Verwandtschaft eingeräumt wird. Auch hier finden wir die Interessenkollisionen, die Anlaß zur Schaffung des Zeugnisverweigerungsrechtes der Angehörigen gegeben haben. Auch hier steht auf der einen Seite der Staat mit seinem Anspruch auf Erforschung der materiellen Wahrheit, und auf der andern Seite die außereheliche Verwandtschaft, die nicht noch schlechter gestellt werden sollte in einem Spezialgebiet, wie es der Strafprozeß darstellt, da ein geordnetes Familienleben in diesen Verhältnissen ohnehin schon immer mancherlei Gefahren ausgesetzt ist.

3. Was das Verhältnis des außerehelichen Kindes zur mütterlichen Verwandtschaft betrifft, so besteht kein Unterschied gegenüber der ehelichen Verwandtschaft.

Die verschiedenen Strafprozeßgesetze geben aber in der Regel keine bestimmte Auskunft darüber, ob das Verhältnis des außerehelichen Kindes zu seinem Vater durch ein Zeugnisverweigerungsrecht privilegiert sein soll oder nicht, d. h. ob es sich hier jeweilen um Verwandtschaft im Sinne des Gesetzes handelt oder nicht.

Im BStP wird das Wort „verwandt" gebraucht. Aber nicht einmal dort, wo der Ausdruck „blutsverwandt" in den entsprechenden Bestimmungen kantonaler Prozeßgesetze verwendet wird, kann mit Bestimmtheit gesagt werden, daß das Verhältnis zwischen unehelichem, nicht anerkanntem und nicht mit Standesfolge zugesprochenem Kinde und dem Vater darunter subsumiert werden kann. Denn die Vermutung liegt nahe, daß mit dem Ausdruck „blutsverwandt" nur der Gegensatz zu verschwägert, stiefverwandt, oder adoptivverwandt hervorgehoben werden soll.

Neumann [6]) würde eine Lösung dieser Frage in dem Sinne vorschlagen, daß der außereheliche Vater in den Kreis der zeugnisverweigerungsberechtigten Blutsverwandten einbezogen würde. Er begründet dies mit dem Respekt, der vor dem Verhältnis zwischen zwei Personen angebracht sei, die von einander abstammen. Ausdrücklich stellt er fest, daß die Behandlung desselben Verhältnisses im Privatrecht unmaßgeblich sei. Zur Stellungnahme Neumanns ist folgendes zu sagen: Wer einen Einblick in diejeni-

[6]) Neumann, S. 128.

gen sozialen Schichten hat, wo außereheliche Geburten am meisten vorkommen, und insbesondere Gelegenheit hat, die Väter außerehelicher Kinder vor dem Richterstuhl kennen zu lernen, wo sie sich wegen Vernachlässigung der Vaterpflichten zu verantworten haben, der kann feststellen, daß Gefühle, die diese Väter mit ihren unehelichen Kindern verbinden, in den allermeisten Fällen nur in sehr geringem Maße vorhanden sind. Und andererseits wird in den allermeisten Fällen, wo ein außereheliches Kind weder anerkannt noch mit Standesfolge zugesprochen ist, auch kein Familienleben vorhanden sein, das durch ein Zeugnisverweigerungsrecht geschützt werden könnte. Aus diesen Gründen kommen wir zur Ansicht, daß es unangebracht wäre, wenn man für das besprochene Verhältnis ein Zeugnisverweigerungsrecht statuieren würde.

Bei richtiger Interpretation des Art. 75 BStP kommen wir zum gleichen Schlusse. Denn unter dem Begriff der „Verwandten" haben wir nur Verwandte im familienrechtlichen Sinne zu verstehen [7]). Wir schließen dadurch die ausschließlich natürliche Verwandtschaft aus. In einem rein natürlichen Verwandtschaftsverhältnis stehen aber außerehelicher Vater und außereheliches, nicht anerkanntes und nicht mit Standesfolge zugesprochenes Kind. Dieses Verhältnis ist also nach unserer Auffassung nicht privilegiert. Dagegen stehen der außereheliche Vater und sein freiwillig anerkanntes oder mit Standesfolge zugesprochenes Kind in einem familienrechtlichen Verwandtschaftsverhältnis, das unter die Bestimmung des Art. 75 BStP fällt.

Auch nach deutschem Recht wird das Verhältnis zur rein natürlichen Verwandtschaft nicht privilegiert [8]).

III. Verschwägerte.

1. Der BStP gibt den Verschwägerten in gerader Linie und dem Schwager und der Schwägerin des Beschuldigten ein Zeugnisverweigerungsrecht. Zur Interpretation des Begriffs der Schwägerschaft ist für den BStP zweifellos das ZGB beizuziehen [9]). In Art. 21 definiert es die Schwägerschaft; eine Bestimmung je-

[7]) Vgl. die Ausführungen unter Ziff. III, 1, hiernach. Die Anwendbarkeit der Begriffsbestimmungen des ZGB für den BStP ist auch hier gegeben.

[8]) Vgl. Löwe, N. 8a zu § 52. Weiter Boehringer, S. 95.

[9]) Vgl. Egger, Kommentar zum ZGB, N. 5 zu Art. 20. Wenn schon die Zählung der Verwandtschaftsgrade nach ZGB zu erfolgen hat, so bestimmen sich zweifellos auch die übrigen Begriffe der Verwandtschaft für den BStP nach ZGB.

doch, wonach diese Definition auch für den Strafprozeß maßgebend wäre, findet sich nirgends etwa analog zu den §§ 32 und 33 des Einführungsgesetzes zum deutschen BGB, die die §§ 1589 und 1590 des BGB für die StPO anwendbar erklären. Trotzdem besteht kein Zweifel, daß das ZGB hier begriffsbestimmend wirkt, denn es ist nicht anzunehmen, daß der Strafprozeß hier vom Zivilrecht abweichende Begriffe schafft, wie er das in andern Fällen etwa tut[10]).

Bei der Begründung dieses Zeugnisverweigerungsrechtes der Verschwägerten schwebte dem Gesetzgeber ohne Zweifel der Begriff der Angehörigen vor und vor allem die Erkenntnis, daß durch Heirat oft zwei Familien, besser gesagt zwei Sippen, beinahe zu einer Einheit verschmolzen werden. Hauptsächlich in ländlichen Kreisen kann diese Beobachtung noch sehr oft gemacht werden.

Die Besonderheiten der Regelung der Schwägerschaft im Zivilrecht greifen auch in den Bundesstrafprozeß über. So gilt auch hier, daß das Schwägerschaftsverhältnis durch Auflösung der Ehe, durch welche es begründet worden ist, nicht wegfällt[11]). Dies gilt nicht nur bei der häufigsten Form der Auflösung der Ehe, bei der Auflösung durch den Tod des einen Ehegatten, sondern auch bei der Auflösung durch Scheidung. Die deutsche StPO stellt in § 52, Ziff. 3 ausdrücklich fest, daß das Zeugnisverweigerungsrecht weiter besteht, auch wenn die die Schwägerschaft begründende Ehe nicht mehr besteht. Der BStP kann eine solche Bestimmung entbehren, da im ZGB, wie soeben erwähnt, schon festgelegt ist, daß die Schwägerschaft in diesem Falle weiter besteht. Man könnte sich allerdings fragen, ob es nicht berechtigt wäre, wenn gerade im Falle der Scheidung und noch mehr im Falle der Ungültigkeitserklärung der Ehe das Zeugnisverweigerungsrecht der Verschwägerten dahinfallen würde. Denn es wird wohl nur sehr selten vorkommen, daß das Verhältnis zwischen einem geschiedenen Ehegatten und den Blutsverwandten des andern ein so nahes und so hochwertiges bleibt — wenn es diese Eigenschaften überhaupt je einmal aufwies —, daß ein solcher außerordentlicher gesetzlicher Schutz, wie die Gewährung des Zeugnisverweigerungsrechtes es ist, noch am Platze wäre. Es

---

[10]) Z. B. die Praxis des Reichsgerichtes, die ein zivilrechtlich gültiges Verlöbnis nicht unbedingt anerkennt vom strafrichterlichen Standpunkte aus.

[11]) ZGB Art. 21, Abs. 2.

wäre vielleicht gerade hier berechtigt, wenn für den Strafprozeß ein vom Zivilrecht abweichender Begriff der Schwägerschaft geschaffen würde[12]).

Auch durch eine nichtige Ehe kann Schwägerschaft begründet werden. Denn Art. 132, Abs.2 ZGB bestimmt, daß bis zur Ungültigkeitserklärung eine Ehe, selbst wenn sie an einem Nichtigkeitsgrunde leidet, die Wirkungen einer gültigen Ehe hat. Folglich wird durch eine solche Ehe auch Schwägerschaft begründet. Und wenn sie einmal begründet ist, so bleibt sie, wie wir gesehen haben, bestehen. Ein Zeugnisverweigerungsrecht dieser Verschwägerten scheint vom ethischen Standpunkte aus — und die Ethik spielt nun einmal für die Rechtfertigung des Zeugnisverweigerungsrechtes eine Rolle — sogar noch eher begründet, als dasjenige jener Verschwägerten, wo die die Schwägerschaft begründende Ehe geschieden worden ist. Denn bei Schaffung des Zeugnisverweigerungsrechtes der Angehörigen kam es dem Gesetzgeber doch vor allem auf das tatsächliche Verhältnis an, das zwischen dem Beschuldigten und dem Zeugen herrscht, und die formellen Bestimmungen, daß nur zeugnisverweigerungsberechtigt ist, wer in dem bestimmten Grade verwandt oder verschwägert ist, mußten nur aufgestellt werden, weil eine feste, bestimmte Grenze geschaffen werden mußte, damit dieses Privileg der Zeugnisverweigerung nicht mißbraucht werden kann. Nun ist es klar, daß eine Ehe, die durch einen Akt der Staatsgewalt, durch einen Eingriff von außen her getrennt, nichtig erklärt werden muß, wohl in den meisten Fällen (den Nichtigkeitsgrund der Geisteskrankheit und der dauernden Urteilsunfähigkeit ausgenommen) ethisch wertvoller, und daher schutzbedürftiger ist, als eine Ehe, die auf Antrag des einen oder der beiden Ehegatten geschieden werden muß. Und da sich das Zeugnisverweigerungsrecht der Verschwägerten auf die enge Verbundenheit der Ehegatten zurückbezieht, die auch eine enge Verbundenheit der beiden Sippen mit sich bringt, so ist mithin das Zeugnisverweigerungsrecht der durch eine nichtige Ehe Verschwägerten eher zu vertreten, als dasjenige von Verschwägerten, wo die begründende Ehe geschieden worden ist.

Eine Folge der Schwägerschaftsdefinition ist, daß durch eine Adoption kein Schwägerschaftsverhältnis entstehen kann. Denn

---

[12]) Vgl. dazu RGSt **5** 200.

das Merkmal der Blutsverwandtschaft auf der einen Seite fehlt hier. So hat das Reichsgericht[13]) entschieden, daß das Verhältnis des einen Ehegatten zu den Adoptivkindern des andern kein Schwägerschaftsverhältnis ist.

2. Alle in der geraden Linie zum Beschuldigten Verschwägerten genießen ein Zeugnisverweigerungsrecht. Der geraden Linie gehören an die Schwieger- und Stiefeltern und deren Vorfahren und die Schwieger- und Stiefkinder und deren Nachkommen. Die allgemeine Definition der Schwägerschaft nach Art. 21, Abs. 2 ZGB lautet: „Wer mit einer Person blutsverwandt ist, ist mit deren Ehegatten in der gleichen Linie und im gleichen Grade verschwägert". Daraus folgt, daß zum Beispiel der Ehemann mit dem außerehelichen Kinde seiner Ehefrau, dessen Vater er nicht ist, im ersten Grade verschwägert ist[14]).

Wie schon unter Ziff. 1 hiervor gezeigt worden ist, hat der Gesetzgeber mit dem Zeugnisverweigerungsrechte der Verwandten und Verschwägerten feste, enge Bindungen zwischen bestimmten Personen schützen wollen, und dadurch, daß er die Gewährung dieses Privilegs von starren Bedingungen — Verwandtschaft und Schwägerschaft bis zu einem bestimmten Grade — abhängig gemacht hat, ist er aller Wahrscheinlichkeit nach den Anforderungen der tatsächlichen Verhältnisse nicht immer gerecht geworden. Inbezug auf das Zeugnisverweigerungsrecht der geraden Linie der Schwägerschaft ist er vielleicht zu weit gegangen, indem er die gerade Linie ohne Beschränkungen für zeugnisverweigerungsberechtigt erklärte. Z. B. die Großeltern des einen Ehegatten werden in der Regel kaum in einem solch nahen Verhältnis stehen zum andern Ehegatten, daß sich ein Zeugnisverweigerungsrecht rechtfertigen ließe.

3. In der Seitenlinie hat der BStP den Verschwägerten des zweiten Grades ein Zeugnisverweigerungsrecht gegeben, dem Schwager und der Schwägerin des Beschuldigten. Kantonale Gesetze gehen in der Privilegierung hier z. T. weiter, in einzelnen Kantonen bis zum vierten Grade.

4. Zwei Verhältnisse sind noch zu betrachten, wo der Gesetzgeber kein Zeugnisverweigerungsrecht statuiert hat, wo man sich jedoch fragen könnte, ob nicht ein solches am Platze wäre.

---

[13]) RGSt **30** 75.
[14]) Vgl. SJZ **19** 344.

a) Es ist dies einmal das Verhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem Ehegatten des Geschwisters des Ehegatten des Beschuldigten (z. B. das Verhältnis zwischen den Ehemännern zweier Schwestern). Hier haben wir es weder mit Verwandtschaft noch mit Schwägerschaft zu tun. Und doch besteht normalerweise die gleiche Verbundenheit zwischen diesen Personen wie zwischen Beschuldigtem und Schwager oder Schwägerin [15]).

b) Weitere zwei Personen, die in ihrem Verhältnis zueinander nicht durch ein Zeugnisverweigerungsrecht privilegiert sind, sind die Kinder, die zwei Ehegatten in die Ehe bringen. Verwandt sind sie sowieso nicht, und nach der Definition der Schwägerschaft können sie auch nicht verschwägert sein. U. E. würde es in einem konkreten Falle stoßend wirken, wenn eine Person, die vielleicht von frühester Kindheit an mit einer andern in einem tatsächlichen Geschwisterverhältnis zusammengelebt hat und der die verschiedene Abstammung kaum je innerlich bewußt war, nun gegen diese andere Person Zeugnis ablegen und damit eventuell zu ihrer Bestrafung beitragen müßte. Es ist ganz selbstverständlich, daß ein Gesetz nie allen Spezialfällen des Lebens gerecht werden kann und daß somit gewisse Härten immer auftreten müssen. Doch glauben wir, daß hier noch eine Möglichkeit gewesen wäre, wo man eine solche Härte hätte ausschalten können, indem auch diesen Personen ein Zeugnisverweigerungsrecht verliehen worden wäre. Wenn man bedenkt, daß die Großmutter der Ehefrau des Beschuldigten ein Zeugnisverweigerungsrecht genießt, diese eben genannten Personen jedoch nicht, so hat man doch den Eindruck einer gewissen Unstimmigkeit.

IV. Ehegatten.

Die Strafprozeßgesetze geben nirgends Aufschluß darüber, wen sie als Ehegatten im Sinne der Bestimmungen über die Ausnahmen von der Zeugnispflicht betrachten. Wie schon bei den obenbehandelten Verwandtenbegriffen, so müssen wir auch hier das ZGB zu Rate ziehen.

---

[15]) Das bernische Recht hat z. B. ein Zeugnisverweigerungsrecht statuiert für „die Ehemänner von Schwestern, die Ehefrauen von Brüdern". Es wurde dabei allerdings übersehen, daß damit das Verhältnis zwischen den Ehegatten von Bruder und Schwester nicht berücksichtigt wurde, was wohl nicht beabsichtigt war. Vgl. Stalder, S. 65. — Es fragt sich, ob der BStP nicht einen Schritt zu wenig weit gegangen ist, wenn er dieses Verhältnis zwischen Ehegatten von Geschwistern nicht privilegiert hat.

1. Als einziges Erfordernis zur Begründung eines Zeugnisverweigerungsrechtes ist hier eine formell abgeschlossene Ehe nötig. Diese Forderung ist nach ZGB erfüllt, wenn die Trauung durch den zuständigen Zivilstandsbeamten in Anwendung der Vorschriften der Art. 113 — 117 ZGB vorgenommen wurde. Danach ist für den Begriff der Ehe nicht die materielle Rechtskraft, sondern der formell gültige Abschluß notwendig. Daraus können wir folgern:

a) Auch eine materiell ungültige Ehe, die aber formell gültig geschlossen wurde, berechtigt den Ehegatten des Beschuldigten zur Verweigerung des Zeugnisses. Dies ergibt interessante Wirkungen vor allem im Falle der Bigamie. Auch hier wird die zweite Frau eines Mannes z. B. der ersten inbezug auf das Zeugnisverweigerungsrecht gleichgestellt. Angenommen, der Ehemann mache sich z. B. eines Verbrechens gegenüber der ersten, ihm unbequemen Frau schuldig, so kann die zweite Frau, die eventuell einen der Hauptzeugen darstellen würde, nicht zum Zeugnis angehalten werden. Auf dem gleichen Standpunkt steht auch die deutsche Rechtssprechung[16]). Es geht dies aus der Bestimmung hervor, daß auch die an einem Nichtigkeitsgrunde leidende Ehe in ihren Wirkungen der materiell gültigen Ehe gleichgestellt wird[17]).

b) Eine Ehe, die nicht an einem Nichtigkeitsgrunde leidet, aber doch anfechtbar ist, hat natürlich noch in vermehrtem Maße die Wirkungen einer vollgültigen Ehe.

c) Eine gerichtliche Trennung der Ehegatten beeinflußt selbstverständlich die Wirkungen der Ehe inbezug auf das Zeugnisverweigerungsrecht gar nicht. Denn selbst die Scheidung übt keinen Einfluß auf das Zeugnisverweigerungsrecht der Ehegatten aus (siehe nächste Ziffer).

2. Art. 75 BStP bestimmt: „Zur Zeugnisverweigerung sind berechtigt: . . . der Ehegatte, auch wenn er geschieden ist, . . .“. In der Botschaft des Bundesrates war den geschiedenen Ehegatten noch kein Zeugnisverweigerungsrecht zuerkannt worden. Doch auf Antrag der Kommission des Nationalrates wurde die betreffende Erweiterung vorgenommen[18]). Es ist schade, daß man bei dieser Lösung stehen geblieben ist und nicht allgemein ein Zeugnisver-

---

[16]) RGSt **41** 114.
[17]) ZGB Art. 132, BGB § 1343.
[18]) StenBull NR 1931 714.

weigerungsrecht statuiert hat für Personen, die eine Ehe einmal verbunden hatte, unabhängig von der Art und Weise, wie sie aufgelöst wurde.

Auch die StPO Zürichs läßt das Zeugnisverweigerungsrecht fortdauern nach der Scheidung (§ 129, Ziff. 2), jedoch nur insofern sich der Gegenstand auf die Zeit vor der Scheidung bezieht. Damit geht die StPO Zürichs noch einen Schritt weniger weit als der BStP.

Die deutsche StPO berücksichtigt in § 52 nicht nur das Verhältnis der geschiedenen Ehegatten. Sie bestimmt in Ziff. 2 des zitierten Paragraphen, daß den Ehegatten ein Recht zur Verweigerung des Zeugnisses zusteht, „auch wenn die Ehe nicht mehr besteht". Nach dieser Formulierung muß im deutschen Strafprozeß jedem Ehegatten gegenüber dem andern ein Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden werden, ohne Unterscheidung, auf welche Art die Ehe gelöst worden ist. So muß auch den Ehegatten, deren Ehe nichtig erklärt worden ist, dieses Privileg gewährt werden, was das Reichsgericht folgerichtig auch in seinem Entscheid vom 12. Februar 1907 festgelegt hat[19]). Als Begründung für diesen Entscheid, der nach dem Wortlaut des Gesetzes auch gar nicht anders lauten konnte, wurde angeführt, daß die nahen persönlichen Beziehungen, die durch das eheliche Zusammenleben geschaffen werden, sich nicht aufheben lassen gleich den rechtlichen Folgen der nichtigen Ehe. Damit wird hier die gleiche Begründung verwendet, wie sie für die Berechtigung des Zeugnisverweigerungsrechtes der geschiedenen Ehegatten angeführt werden kann. Vom ethischen Standpunkte aus scheint die Beibehaltung dieses Privilegs bei den nichtig erklärten Ehen noch berechtigter als bei den geschiedenen[20]). — In der gleichen Weise ist nach deutschem Recht zu entscheiden für den Fall, wo die Ehe infolge von Anfechtbarkeit ungültig erklärt worden ist. In der deutschen Gerichtspraxis wurde selbst dort im Sinne der Beibehaltung des Zeugnisverweigerungsrechts entschieden, wo die Anfechtung der Ehe wegen arglistiger Täuschung seitens des Ehemannes von der Ehefrau ausgegangen war[21]).

3. Da die Aufzählung der zeugnisverweigerungsberechtigten Personen im BStP als abschließend betrachtet werden muß, bleibt

---

[19]) GA **54** 294.
[20]) Vgl. hiezu Ziff. III, 1 hiervor.
[21]) RGSt **47** 286.

kein Zweifel, daß sich der Kreis dieser Personen über die ausdrücklich im Gesetz erwähnten hinaus auf keine Weise erweitern läßt. Es entsteht dadurch eine gewisse Unstimmigkeit gegenüber der Behandlung der Verschwägerten. Nachdem wir festgestellt haben, daß das ZGB maßgebend ist für die Bestimmung der verwandtschaftlichen Begriffe, die im BStP enthalten sind, und dieses in Art. 21, Abs. 2 bestimmt, daß die Schwägerschaft durch die Auflösung der sie begründenden Ehe nicht aufgehoben wird, und nachdem wir weiter festgestellt haben, daß nach Art. 132, Abs. 2 ZGB selbst eine Ehe, die an einem Nichtigkeitsgrunde leidet, Schwägerschaft begründet [22]), so kommen wir zu der äußerst unbefriedigenden Sachlage, daß eine Person, die durch den Abschluß einer nichtigen Ehe z. B. Schwager des Ehemannes aus dieser nichtigen Ehe geworden ist, nach Nichtigerklärung dieser Ehe zeugnisverweigerungsberechtigt bleibt, seine Schwester jedoch, die die Ehefrau des Beschuldigten war vor der Nichtigkeitserklärung, nach dieser nun kein Zeugnisverweigerungsrecht mehr hat.

V. Verlobte.

1. Das Verlöbnis steht gleichermaßen in der Mitte zwischen dem von der Gesetzgebung nicht erfaßten Freundschaftsverhältnis und den familienrechtlichen Verhältnissen, die vom Gesetze streng umschrieben sind. Diese strenge Definition der letztern macht es auch möglich, sie durch ein Zeugnisverweigerungsrecht, so weit dies als gerechtfertigt erscheint, zu privilegieren. Es wird nicht bestritten, daß auch Freundschaftsverhältnisse auf Grund ihres ethischen Wertes Anspruch machen könnten auf eine solche Privilegierung. Die Ansicht Neumanns [23]), daß es unmaßgeblich sei für die Frage, ob Freundschaftsverhältnisse durch ein Zeugnisverweigerungsrecht ausgezeichnet werden sollten, ob ein Interesse der Beteiligten vorhanden sei oder nicht für ein solches Recht, trifft nicht allgemein zu. Denn auch bei den Angehörigenverhältnissen schützt der Staat das Interesse, das die einzelnen Glieder der Familie haben an der Geheimhaltung gewisser Tatsachen, und damit schützt er die Familie. Es ist des weitern ganz zwecklos, über diese Frage zu diskutieren, denn der Staat,

[22]) Vgl. auch hier Egger, Kommentar zum ZGB, N. 1 zu Art. 21.
[23]) Neumann, S. 108.

d. h. der Gesetzgeber hat gar nicht die Möglichkeit, die Freundschaft zu privilegieren, da dieselbe keinen Rechtsbegriff darstellt.

Den Begriff des Verlöbnisses hat der Gesetzgeber jedoch bestimmt. Es wird begründet durch das Eheversprechen. Dadurch ist ein Merkmal gegeben, nach dem für jedes Verhältnis entschieden werden kann, ob ein Verlöbnis besteht oder nicht. Es muß jedoch sehr darauf geachtet werden, daß nicht ein Verlöbnis vorgetäuscht wird, nur um das Zeugnisverweigerungsrecht zu erlangen. Um sicher zu gehen, daß es sich bei dem behaupteten Verlöbnis nicht nur um ein simuliertes handelt, kann sich der Richter natürlich nicht auf die Angaben der beteiligten Personen verlassen [24]). Er muß vielmehr ein eigenes Beweisverfahren durchführen, um das tatsächliche, ernstgemeinte Verlöbnis feststellen zu können. Dazu ist natürlich eine gewisse Notorietät des Verlöbnisses vonnöten. Allerdings kann nicht nur ein sogenanntes öffentliches Verlöbnis anerkannt werden, wie die Praxis des Reichsgerichtes auch entschieden hat [25]).

2. Da uns die Praxis des Bundesgerichtes im Stiche läßt, wird es interessant sein, der Praxis des Reichsgerichtes in ihren mannigfachen Entscheiden etwas nachzugehen.

Wie schon erwähnt, wird als Erfordernis eines Verlöbnisses im Sinne der Bestimmungen des § 52 der deutschen StPO das ernstlich gegenseitige Eheversprechen ohne eine bestimmte Form verlangt. Gewöhnliche Liebesverhältnisse, die zwar oft von den Beteiligten als Verlöbnis betrachtet oder wenigstens so genannt werden, werden nicht anerkannt im Sinne der StPO [26]). Abweichend vom Zivilrecht kann auch ein Verlöbnis nicht anerkannt werden, wo das gegenseitige Eheversprechen wohl vorliegt, wo aber der eine Partner nicht den ernstlichen Willen hat, die Ehe tatsächlich einzugehen. Denn es ist in unserem Falle nötig, daß das Eheversprechen auf beiden Seiten ernst gemeint ist. Denn der Staat schützt hier nicht ein nur formelles Verhältnis, sondern nur eines, das tatsächlich auf die Eingehung einer Ehe gerichtet ist, und das trifft nicht zu bei einem Verlöbnis, wo der eine Partner gar nicht die Absicht hat, die Ehe einzugehen.

Wenn das gegenseitige Eheversprechen auch von beiden Seiten ernst gemeint ist, so ist es immer noch nicht gesagt, daß nun

---

[24]) Näheres siehe bei Neumann, S. 108, Anm. 4.
[25]) RGSt **38** 243.
[26]) RGSt **35** 49.

ein Verlöbnis im Sinne des Gesetzes vorliegt. Denn dieses Verhältnis darf nicht gegen Gesetz oder die guten Sitten verstoßen[27]). Infolgedessen ist das Eheversprechen einer verheirateten Person unwirksam[28]). Nach der schweizerischen Doktrin ist im Zivilrecht ein Verlöbnis zulässig, auch wenn Ehehindernisse entgegenstehen, sofern diese nicht dauernd oder unüberwindlich sind und sofern diese Verlöbnisse nicht gegen die guten Sitten verstoßen[29]). Ein Verlöbnis ist danach möglich während des Bestehens eines Adoptivverhältnisses und auch während der Wartefristen. U. E. besteht kein Grund, in diesen Fällen von der zivilrechtlichen Praxis abzuweichen.

Als unsittlich müssen Verlöbnisse betrachtet werden, wo der eine oder sogar beide Teile verheiratet sind. Als problematisch werden auch im Zivilrecht die Fälle bezeichnet, wo der eine Partner allerdings noch verheiratet ist, wo jedoch bereits ein Scheidungsgrund zu Lasten des andern Ehegatten besteht. Etwas weniger bedenklich erscheint der Fall, wo der verheiratete Partner bereits in Scheidung begriffen ist[30]). Das deutsche Reichsgericht hat aber diesen letzten Fall dahin entschieden, daß auch ein solches Verlöbnis nicht zu anerkennen sei[31]).

Nach Zivilrecht ist ein Verlöbnis, das nur auf eine sogenannte Namensheirat hin tendiert, wegen Unsittlichkeit ungültig[32]). Die nachträglich abgeschlossene Ehe ist aber gültig. Auch in diesem Falle ist u. E. nicht vom Zivilrecht abzuweichen, denn das in diesem Falle bestehende Verhältnis ist in keiner Art und Weise schutzbedürftig.

Das Reichsgericht hat ein Verlöbnis zwischen minderjährigen Personen, das ohne Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter geschlossen worden war, als ein Verlöbnis im Sinne des § 52 deutsche StPO anerkannt[33]). Denn nach den entwickelten Grundsätzen bildet die Einholung der Einwilligung der Eltern kein unüberwindliches Hindernis, und auch wenn sie ausbleibt, auf jeden Fall kein dauerndes. Nachdem sogar das Zivilrecht in gewissen Fällen dem zwischen unmündigen oder entmündigten Personen

---

[27]) RGSt **38** 243.
[28]) RGSt **53** 215.
[29]) Egger, Komm. zum ZGB, N. 13 zu Art. 90.
[30]) Egger, Komm. zum ZGB, N. 14 zu Art. 90.
[31]) RGE vom 3. März 1927. III, 106/**27.**
[32]) Egger, Komm. zum ZGB, N. 14 zu Art. 90.
[33]) RGSt **38** 243.

abgeschlossenen Verlöbnisse rechtliche Bedeutung zumißt [34]), kann umsoeher das Strafprozeßrecht, bei dessen zur Diskussion stehenden Bestimmungen das dem Verlöbnis innewohnende Moment der Sittlichkeit eine ausschlaggebende Rolle spielt [35]), auf ein solches Verhältnis Rücksicht nehmen und den Beteiligten ein Zeugnisverweigerungsrecht zuerkennen.

3. Abweichend von der Regelung bei der Ehe kann beim Verlöbnis nicht ein Zeugnisverweigerungsrecht über die Dauer desselben hinaus gewährt werden. Das würde offensichtlich zu weit führen. Deshalb bestimmt der BStP, wie übrigens auch alle andern Strafprozeßordnungen, die überhaupt die Verlobten durch ein Zeugnisverweigerungsrecht auszeichnen, daß das Verlöbnis im Zeitpunkt der Aussage bestehen muß. Ein Verlöbnis, das zur Zeit der Tat bestanden hat, zur Zeit der Vernehmung aber nicht mehr besteht, berechtigt nicht zur Zeugnisverweigerung. Mit der Auflösung des Verlöbnisses fällt die Befreiung von der Zeugnispflicht unweigerlich dahin.

VI. Adoptivverwandte.

1. Der BStP gibt den Adoptiveltern und den Adoptivkindern ein Zeugnisverweigerungsrecht. Er geht damit am wenigsten weit gegenüber andern Strafprozeßgesetzen. Als Vergleich sei z. B. Bern angeführt. Dort wird in Art. 141, Ziff. 1 den Adoptiveltern, den Adoptivkindern und auch den Adoptivgeschwistern des Angeschuldigten ein Zeugnisverweigerungsrecht gegeben [36]). Unter dem Ausdruck Adoptivgeschwister sind nach Neumann [37]) auch bluts- oder stiefverwandte Kinder des Adoptierenden zu verstehen. — Andere kantonale Gesetze gewähren den Adoptivverwandten in auf- und absteigender Linie unbeschränkt ein Zeugnisverweigerungsrecht. Ebenso tun dies der Militärstrafprozeß (Art. 86) und der alte Bundesstrafprozeß (Art. 75). Wir können danach eine Tendenz zur Beschränkung des Kreises der zeugnisverweigerungsberechtigten Angehörigen feststellen.

Mit der Auflösung des Adoptivverhältnisses geht wie beim Verlöbnis auch hier das Zeugnisverweigerungsrecht wieder unter. Es besteht auch hier nicht weiter, auch wenn sich die Vorgänge,

---

[34]) Vgl. BGE 48 II 189.
[35]) RGSt **35** 51.
[36]) Vgl. Stalder, S. 67.
[37]) Neumann, S. 125.

die den Gegenstand der Untersuchung bilden, auf die Zeit des Bestehens des Adoptivverhältnisses beziehen.

2. Von dem Verhältnis der Adoptivkinder zu den Adoptiveltern ist dasjenige der Pflegekinder zu den Pflegeeltern zu unterscheiden. Dieses steht jenem nicht gleich. Es könnte den Pflegeeltern gegenüber den Pflegekindern und umgekehrt nur dann ein Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden werden, wenn dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen wäre, wie z. B. in Oesterreich (§ 152).

§ 5. Das Zeugnisverweigerungsrecht zum Schutze des Zeugen selbst und seiner Angehörigen.

1. Fast ausnahmslos gewähren die Strafprozeßordnungen den Angehörigen des Beschuldigten ein Zeugnisverweigerungsrecht. Die Gründe hiezu sind, daß der Staat die Interessen des Einzelnen an der Geheimhaltung von Tatsachen, deren Offenbarung die verwandtschaftlichen Beziehungen gefährden würde, respektiert und die Zeugen nicht in den innern Konflikt hineinführen will, einerseits der Zeugnispflicht genügen zu müssen und andererseits mit der Aussage zur Bestrafung vielleicht der nächsten Angehörigen beitragen zu müssen. Der Gesetzgeber hat eingesehen, daß solche Situationen direkt geschaffen sind, den Zeugen zu falscher Aussage und zu Meineid zu verleiten. Auch aus diesen Gründen hat er die Angehörigen des Beschuldigten mit einem Zeugnisverweigerungsrecht ausgestattet.

Diese Ueberlegungen mußten auch den Gesetzgeber noch einen Schritt weiter führen. Wenn der Staat schon die Interessen des Zeugen derart schützt, daß er ihm ein Recht gibt, die Aussage zu verweigern, um nicht zur Bestrafung eines Angehörigen beitragen zu müssen, der bereits auf der Anklagebank sitzt, so ist es umso eher gerechtfertigt, den Zeugen dieses Recht auch zuzugestehen, wenn es sich um einen Angehörigen handelt, mit dem sich das Gericht noch nicht befaßt. Die schutzwürdigen Interessen, die verwandtschaftlichen Beziehungen sind hier die gleichen, wie im ersten Fall; aber die Gefahr der falschen Aussage und des Meineides sind hier ungleich größer. Denn der Zeuge wird sich sagen, daß das Gericht von der Tat seines Angehörigen noch nichts weiß, und das gibt ihm einige Sicherheit, daß er bei seiner falschen Aussage nicht ertappt werden wird. Also sind die Gründe für den Gesetzgeber in diesem zweiten Falle noch viel gewich-

tiger, dem Zeugen ein Verweigerungsrecht zu geben. Und das Höchstmaß an Gewichtigkeit erreichen jene Gründe dort, wo der Zeuge durch die Zeugnispflicht gezwungen würde, sich selbst strafgerichtlicher Verfolgung auszusetzen durch seine Aussage. Neben den Gründen, die wir schon angeführt haben, hat die Entwicklung der Individualrechte im allgemeinen und des Akkusationsprinzips im besondern in allen Strafprozeßgesetzgebungen wenn nicht ausdrücklich, so doch tatsächlich dazu geführt, in solchen Fällen dem Zeugen wenn nicht direkt ein Zeugnisverweigerungsrecht zu gewähren, so doch ihn wegen einer in einer solchen Zwangslage gemachten falschen Aussage nicht oder nur milde zu bestrafen.

Es wäre natürlich auch die konsequente Durchführung des Akkusationsprinzipes nicht vollendet gewesen, wenn nur derjenige das Recht gehabt hätte, die Beantwortung von Fragen zu verweigern, die zu seinem Nachteil gereichen würden, gegen den die Strafuntersuchung schon eingeleitet worden ist; sondern die Durchführung des Akkusationsprinzipes mußte notgedrungen dieses Recht auch dem bringen, gegen den noch keine Untersuchung hängig ist, und der daher im übrigen zu einer wahrheitsgemäßen und vollständigen Aussage verpflichtet ist.

Da die Regelung der Strafprozeßordnungen, die noch nicht an diesem Punkt der Entwicklung angelangt waren, unbefriedigende und der Wahrheitserforschung abträgliche Zustände schuf, sind alle modernen Gesetzgebungen zu der Lösung gekommen, daß in diesen Fällen dem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht gegeben wird.

Beling [1]) betrachtet die Ausgestaltung dieser Bestimmung über das Zeugnisverweigerungsrecht in der deutschen StPO als echtes Beweisverbot. Denn da der Zeuge selbst die Entscheidung darüber abgebe, ob er aussagen wolle oder nicht, so könne die Bestimmung nicht dem Mißtrauen gegenüber dem Zeugen, sondern nur dem Respekt vor seiner Persönlichkeit ihre Entwicklung verdanken. Eine Beweisregel könne es auch deshalb nicht sein, weil nach dem Prinzip der freien Beweiswürdigung auch ein suspekter Zeuge einvernommen werden müßte. Das Gesetz glaube recht wohl, Beweiserfolge erwarten zu können, wenn der Zeuge aussagen würde, v e r b i e t e aber den Beweis dennoch.

---

[1]) Beling, Beweisverbote, S. 12/13.

Da die Ausgestaltung dieses Zeugnisverweigerungsrechtes in der deutschen StPO gleich wie im BStP geschehen ist, so finden diese Sätze auch für unser Recht Anwendung.

2. Die verschiedenen Strafprozeßgesetze sind in der Ausgestaltung dieses Zeugnisverweigerungsrechtes des Zeugen zu seinem eigenen und zum Schutze seiner Angehörigen verschieden weit gegangen.

Die deutsche StPO [2]) gewährt dem Zeugen das Verweigerungsrecht nur, wenn er sich mit seiner Aussage die Gefahr einer „strafgerichtlichen Verfolgung" zuziehen würde. Mit dieser Regelung hält sich die deutsche Gesetzgebung streng nur an die dringendsten Forderungen des Akkusationsprinzipes. Sie schätzt das Interesse der Rechtspflege an der Erforschung der Wahrheit so hoch ein, daß sie nicht noch einen Schritt weiter geht und dem Zeugen das Verweigerungsrecht auch gewährt, wenn nur seine Ehre oder gar nur sein Vermögen auf dem Spiele steht [3]). Der deutsche Gesetzgeber hat diese Bestimmung auch enger gefaßt, als dies in der deutschen ZPO geschehen ist, und dies mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Interessen, die zwischen der Aufgabe des Strafprozesses und derjenigen des Zivilprozesses bestehen [4]).

3. Der BStP bestimmt folgendermaßen:

„Der Zeuge darf die Beantwortung von Fragen, die ihn oder einen der in Art. 75 aufgezählten Angehörigen strafrechtlicher Verfolgung oder einer schweren Benachteiligung der Ehre aussetzen kann, verweigern".

Mit dieser Regelung hat der BStP eine Mittellösung getroffen. Er geht nicht so weit, daß er auch die Gefahr der zivilrechtlichen Verantwortung als Zeugnisverweigerungsgrund bezeichnet [5]), ist aber immerhin in seiner Ausgestaltung auch nicht so eng, daß er nur die Gefahr der strafgerichtlichen Verfolgung anerkennen würde, wie die deutsche StPO.

a) Geltend machen kann das Recht der Zeugnisverweigerung auch hier nur der Zeuge selbst, trotzdem es auch hier nicht nur

---

[2]) § 55 deutsche StPO.

[3]) Vgl. dazu das bernische StV. Art. 141, Ziff. 2, wo auch die Gefahr der zivilrechtlichen Verantwortung als Zeugnisverweigerungsgrund zugelassen wird. Vgl. über andere Kantone, die ebensoweit gehen: Neumann, S. 133.

[4]) Vgl. Löwe, N. 4a zu § 55.

[5]) Bern erstrebte mit dieser Gestaltung Uebereinstimmung mit Art. 247, Abs. 1 seiner ZPO, soweit es sich um den Selbstschutz des Zeugen handelt.

seine Interessen, sondern eventuell auch diejenigen seiner Angehörigen sind, die er damit zu schützen hat. Denn auch hier soll wieder der innere Konflikt des Zeugen vermieden werden zwischen Aussagepflicht und Verwandtschafts- oder Familiengefühl. Es ginge also nicht an, daß z. B. ein Zeuge, der zu einem andern Zeugen in einem der in Art. 75 bestimmten Verwandtschaftsgrade steht, für diesen andern Zeugen etwa anläßlich einer Konfrontation das Zeugnisverweigerungsrecht geltend machen würde, wenn er hört, daß dieser andere Zeuge gerade im Begriffe ist, eine Aussage zu machen, die ihn, den ersten Zeugen, strafrechtlicher Verfolgung aussetzen wird.

Der Zeuge kann die Aussage sowohl verweigern, wenn er sich selber der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder einer schweren Benachteiligung der Ehre aussetzen würde, als auch wenn er seine Angehörigen, wie sie in Art. 75 BStP aufgezählt sind, diesen Gefahren aussetzen würde. Zur Feststellung des Begriffes dieser Angehörigen verweisen wir auf die Ausführungen in § 4 hiervor.

b) Unter „strafrechtlicher Verfolgung" im Sinne des Art. 79 BStP ist j e d e strafrechtliche Verfolgung zu verstehen, nicht etwa nur die kriminelle. Die deutsche StPO, die wir hier zum Vergleich heranziehen möchten, gestattet nur eine Ausnahme von der Zeugnispflicht, wenn der Zeuge sich oder seine Angehörigen der Gefahr s t r a f g e r i c h t l i c h e r Verfolgung aussetzen würde durch die Aussage. Durch den Begriff „s t r a f g e r i c h t l i c h e Verfolgung" will die deutsche StPO ausdrücken, daß es sich dabei nicht um die Gefahr einer disziplinarischen Strafverfolgung handeln kann[6]). Es fragt sich nun, ob sich der Gesetzgeber des BStP bewußt war, daß er mit seiner Formulierung das Zeugnisverweigerungsrecht weiter gestaltete. Durch die Wendung „s t r a f r e c h t l i c h e Verfolgung" ist klar zum Ausdruck gebracht, daß nicht nur die Gefahr der Verfolgung durch ein Strafgericht, sondern auch jede andere rechtliche Verfolgung, deren Endzweck Bestrafung ist, als Grund zur Zeugnisverweigerung im BStP anerkannt wird.

c) Die deutsche StPO will mit ihrer Bestimmung in § 55 jedoch nicht, daß der Zeuge jede Aussage über eine von ihm selbst oder von einem seiner Angehörigen begangene strafbare Tat verweigern könnte. Die Befreiung von der Zeugnispflicht greift nur Platz, wenn und soweit wegen der fraglichen Tat für den Zeugen

[6]) Löwe, N. 2b zu § 55.

oder seinen Angehörigen die Gefahr der strafgerichtlichen Verfolgung tatsächlich besteht. So muß das Zeugnisverweigerungsrecht verneint werden in den Fällen, wo der Zeuge oder der Angehörige bei Begehung der Handlung deliktsunfähig war, oder wo Strafaufhebungsgründe vorliegen. Zum gleichen Resultat, wenn wir nur das Zeugnisverweigerungsrecht wegen der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung betrachten würden, kämen wir auch im BStP. Aber hier greift nun die andere Bestimmung des Art. 79 BStP ein, wonach dem Zeugen auch ein Verweigerungsrecht zusteht, wenn er sich oder einen seiner Angehörigen durch seine Aussage einer schweren Benachteiligung der Ehre aussetzen würde. Und daß dies geschehen würde, kann in den eben besprochenen Fällen immer angenommen werden, auch wenn es sich um Handlungen eines Zeugen handelt, die gerade bei diesem Zeugen vielleicht infolge der oben angeführten Gründe nicht zu einer Bestrafung führen würden.

d) Im übrigen kann darüber gestritten werden, ob der Begriff der schweren Benachteiligung der Ehre nach objektiven Grundsätzen zu beurteilen sei, oder ob dies nach dem subjektiven Ehrbegriff derjenigen Person zu geschehen habe, um deren Ehre es sich handelt. Neumann [7]) führt in seiner Darstellung einen Entscheid des st. gallischen Kantonsgerichtes an, wo dieser Gerichtshof (für die gleichlautende Bestimmung der st. gallischen ZPO) für seine Praxis entschied, daß nach objektiven Grundsätzen zu bestimmen sei, ob mit der Zeugnisablegung eine Bloßstellung der betreffenden Persönlichkeit verbunden sei, d. h. das Gericht stellte fest: „Es ist das Recht der Zeugnisverweigerung immer anzuerkennen, wenn der Zeuge nach der im Volke herrschenden Auffassung zu seiner Schande aussagen würde". (Nach Neumann.) Aus der Entscheidung, die das Kantonsgericht in der betreffenden Sache getroffen hat und aus der speziellen Begründung dazu geht aber hervor, daß es nach dem Ehrbegriff urteilte, den es glaubte bei dem betreffenden Zeugen feststellen zu können [8]). U. E. muß dieser Begriff der schweren Benachteili-

[7]) Neumann, S. 138.

[8]) Es handelte sich um das Geständnis des intimen Verkehrs mit der Vaterschaftsklägerin. Dabei glaubte der Richter dem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht zubilligen zu können; denn nach seiner Ansicht beweise allein die Tatsache des stattgehabten außerehelichen Geschlechtsverkehrs, daß der Rekurrent darob keine Schande empfinde. — Das Kantonsgericht hat sich hier ohne Zweifel von Grundsätzen, die beim Ehrverletzungsstreite Anwendung finden, mißleiten lassen.

gung der Ehre nach objektiven Gesichtspunkten beurteilt werden, und zwar nach ganz allgemeinen Gesichtspunkten. Es soll nicht nach dem Ehrbegriff entschieden werden, von dem das Gericht glaubt, daß das Volk als objektiver Beobachter ihn gerade dem betreffenden Zeugen zulegt, wie dies das st. gallische Kantonsgericht getan hat. Denn es soll vermieden werden, daß das Gericht mit dieser Meinung einen Fehlschlag tut.

e) Der Schutz, der dem Zeugen und seinen Angehörigen durch dieses Zeugnisverweigerungsrecht gewährt wird, ist aber kein vollständiger und in gewissem Sinne nur ein illusorischer. Es sind sogar nicht selten Fälle denkbar, wo der Zeuge durch die Verweigerung der Aussage unter Berufung auf Art. 79 BStP sich direkt beschuldigt. Stooß [9]) führt hiefür ein treffliches Beispiel an aus der deutschen Gerichtspraxis: „Der Reichstagsabgeordnete Leuß wurde in einem Prozeß wegen „Kindern" als Zeuge befragt, ob er mit der Mutter der Kinder intim verkehrt habe. Um die Frau zu schonen, sagte Leuß, er habe nicht mit ihr verkehrt. Hätte Leuß das Zeugnis verweigert, weil die Beantwortung der Frage ihn strafgerichtlicher Verfolgung aussetze, so hätte er den Ehebruch zugegeben. Leuß wurde wegen Zeugenmeineides angeklagt. Die Frau wurde über ihren Verkehr mit Leuß einvernommen; sie stellte jeden Verkehr mit Leuß in Abrede; aber unter der Gewissenslast des Eides gab sie den Ehebruch zu. Leuß wurde zu Zuchthaus verurteilt, die Frau der Schande preisgegeben".

In dieser Einsicht, daß dieses Zeugnisverweigerungsrecht den Zeugen nicht vor Schande und Strafe zu schützen vermöge, hat der Gesetzgeber in Art. 79 BStP folgenden letzten Satz aufgestellt [10]):

„Der Richter soll wissentlich keine solchen Fragen stellen".

Damit gibt der Gesetzgeber dem Richter Anweisung, wissentlich den Zeugen durch seine Fragen nicht in die Lage zu bringen, von diesem Zeugnisverweigerungsrechte Gebrauch machen zu müssen. Der Gesetzgeber stellt mit dieser Vorschrift große Ansprüche an das Taktgefühl des Richters.

Es sei hier darauf hingewiesen, daß nun auch im deutschen Strafprozeßrecht das Fragerecht des Richters beschränkt wurde.

---

[9]) Stooß, C. in ZStR **35** 221.

[10]) Es sei uns gestattet, das hier folgende der Ziffer über das Vorgehen des Richters (§ 9, II hiernach) vorauszunehmen, um es hier im Zusammenhange mit dem Zeugnisverweigerungsrecht besser behandeln zu können.

Das Gesetz zur Einschränkung der Eide im Strafverfahren vom 24. November 1933 weist in seinem Art. II (Sonstige Aenderungen der Strafprozeßordnung) folgende Bestimmung als § 68a, Abs. 1 auf: „Fragen nach Tatsachen, die dem Zeugen, seinem Verlobten, seinem Ehegatten oder einer Person, die im Sinne von § 52, Abs. 1, Nr. 3 sein Angehöriger ist, zur Unehre gereichen können, sollen nur gestellt werden, wenn es unerläßlich ist".

Diese deutsche Regelung unterscheidet sich jedoch nach zwei Richtungen von derjenigen im BStP: Einmal genießt der Zeuge kein Zeugnisverweigerungsrecht, wenn es der Richter für unerläßlich hält, solche Fragen zu stellen, was vollständig in sein Ermessen gestellt ist. Und zweitens anempfiehlt dieses Gesetz dem Richter nur die Unterlassung von Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einem seiner Angehörigen zur Unehre gereichen würden. Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder seinen Angehörigen strafgerichtliche Verfolgung zuziehen könnte, können allerdings vom Richter auch nicht beliebig gestellt werden, wenn man diese strafgerichtliche Verfolgung auch dem Begriff der Unehre unterstellt. Sehr wahrscheinlich muß man aber per argumentum e contrario schließen, daß solche Fragen mit dieser Bestimmung nicht gemeint waren, da dies sonst ausdrücklich erklärt worden wäre. Denn der deutsche Gesetzgeber wird sich gesagt haben, gegenüber jenen Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen könnte, stehe ja dem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht zu. — Nach diesen Ausführungen wird uns klar, daß die deutsche Regelung derjenigen des BStP in keiner Weise gleichkommt; denn im deutschen Rechte scheint die Beschränkung des richterlichen Fragerechts nur einen schwachen Ersatz für das Zeugnisverweigerungsrecht darzustellen für jene Fälle, wo der Zeuge sich oder seine Angehörigen durch seine Aussage der Unehre aussetzen würde.

4. Die deutsche StPO bestimmt, daß der Zeuge, sofern er sich auf das Zeugnisverweigerungsrecht des § 55 StPO beruft (Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung), die Tatsache, auf die er seine Weigerung stützen möchte, glaubhaft zu machen hat[11]). Ob dann in dieser Tatsache der im Gesetz enthaltene Weigerungsgrund enthalten ist, entscheidet das Gericht[12]). Jedoch in unserem speziellen Falle (§ 55 deutsche StPO) läßt sich nicht all-

[11]) § 56 deutsche StPO.
[12]) Löwe, N. 1 zu § 56.

gemein bestimmen, was unter der glaubhaft zu machenden Tatsache zu verstehen ist. Es ist völlig dem Ermessen des Richters anheimgestellt, ob er der Behauptung des Zeugen, die Beantwortung der vorgelegten Frage würde ihm oder einem seiner Angehörigen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen, Glauben schenken will oder nicht. Der Richter kann den geltend gemachten Weigerungsgrund ohne weiteres nicht anerkennen, wenn klar ist, daß die Antwort auf die gestellte Frage nicht geeignet sein kann, die Gefahr der strafgerichtlichen Verfolgung herbeizuführen. Daß der Zeuge nicht die betreffenden Tatsachen selbst angeben kann in diesem Falle, ist klar. Das deutsche Recht hat hiefür einen Ausweg in dem Sinne für den Zeugen geschaffen, daß ihm die Möglichkeit gegeben wird, eidlich zu versichern, daß nach seinem besten Wissen die Beantwortung der Frage ihm oder einem seiner Angehörigen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde. Daran hat sich dann das Gericht zu halten und dem Zeugen das Zeugnisverweigerungsrecht zu gewähren.

Die MilStGO (Art. 87) verlangt ebenfalls, daß der Zeuge das Vorhandensein des Weigerungsgrundes glaubhaft mache. Stooß [13]) bemerkt dazu, daß nicht allgemein gesagt werden könne, was Gegenstand des Glaubhaftmachens sein könne. Dem Zeugen sei nicht zuzumuten, die Tatsachen, die ihn oder einen seiner Angehörigen der Strafverfolgung aussetzen könnten, mitzuteilen. Denn damit würde der Schutz, den das Gesetz durch dieses Zeugnisverweigerungsrecht dem Zeugen gewähre, illusorisch. Andererseits betrachtet es Stooß als ohne weiteres klar, daß eine eventuelle Aussage dem Zeugen nicht schaden könne.

Der BStP verlangt nach dem Wortlaut kein Glaubhaftmachen des Weigerungsgrundes durch den Zeugen. Jedoch wird dies in der Praxis doch bis zu einem gewissen Grade verlangt werden müssen. Denn das Gericht kann sich nicht damit begnügen, daß der Zeuge einfach behauptet, er habe einen Weigerungsgrund gemäß Art. 79 BStP. Bei nur geringer Wahrscheinlichkeit jedoch, daß ein solcher Weigerungsgrund tatsächlich besteht, wird das Gericht die Einvernahme dieses Zeugen über das fragliche Beweisthema nicht fortsetzen können.

---

[13]) Stooß, N. 2 zu Art. 87 MilStGO.

§ 6. Berufspersonen, die nicht zum Zeugnis angehalten werden dürfen.

I. Allgemeines.

1. Zum Titel dieses Paragraphen ist zu bemerken, daß wir uns damit an den Text des BStP gehalten haben. Wir wollen so mit dem gleichen Mittel der Eigenart dieses Art. 77 BStP gerecht werden, wie es der Text des Gesetzes tut. Denn was das Verfahren anbetrifft, so wäre keine Begründung zu erfinden, warum hier in diesem Artikel eine andere Redaktion am Platze wäre, als in Art. 75 BStP. Denn das Verfahren bei der Einvernahme bestimmt sich nach beiden Artikeln genau gleich. Die abweichende Redaktion des Art. 77 geht jedoch aus der Geschichte dieses Artikels hervor. Im Entwurf des Bundesrates lautete der jetzige Art. 77 folgendermaßen:

„Geistliche, Rechtsanwälte, Notare, Aerzte, Apotheker, Hebammen und ihre beruflichen Gehilfen dürfen über Geheimnisse, die ihnen in ihrem Amte oder Berufe anvertraut worden sind, nicht zum Zeugnis angehalten werden, wenn sie von der Pflicht zur Geheimhaltung nicht befreit worden sind".

Nach dieser Fassung war es vollständig in das Ermessen desjenigen gelegt, der das Geheimnis der Berufsperson übermittelt hatte — es braucht nicht der Beschuldigte zu sein —, ob er den Geheimnisträger von der Geheimhaltungspflicht befreien wolle oder nicht. Das sollte jedoch nicht heißen, daß der Geheimnisträger nicht aussagen d u r f t e, wenn er wollte, auch wenn er von der Geheimhaltungspflicht nicht befreit worden war. Diese Fassung des Entwurfes wollte vielmehr besagen, daß der Geheimnisträger, die Berufsperson, aussagen m u ß t e, sobald sie von der Geheimhaltungspflicht durch den Anvertrauenden befreit worden war. Der Anvertrauende hatte es also faktisch in der Hand, die Berufsperson zur Aussage zu zwingen, indem er sie von der Geheimhaltungspflicht befreite, trotzdem diese vielleicht zur Wahrung anderweitiger berechtigter Interessen gewünscht hätte, nicht auszusagen. Die Berufsperson war durch diese Regelung nach Ansicht der Räte in eine ihrer unwürdige Stellung hineingedrückt worden. In den Beratungen der Kommission des Nationalrates[1]) wurde daher beantragt, den oben zitierten Artikel inso-

[1]) StenBull NR 1931 715.

fern abzuändern, als es überhaupt in jedem Fall in das Ermessen der Berufsperson selbst gestellt sein sollte, darüber zu entscheiden, ob er über das ihm anvertraute aussagen wolle oder nicht. Diese Abänderung wurde redaktionell so vollzogen, daß der letzte Nebensatz „wenn sie von der Pflicht zur Geheimhaltung nicht befreit worden sind" gestrichen wurde. Es soll durch diese Regelung der Stand, das Verantwortungsgefühl und namentlich die Vertrauensstellung der in diesem Artikel genannten Personen gehoben werden.

U. E. ist es bedauerlich, daß dieser Artikel dem Artikel 75 BStP redaktionell nicht angeglichen wurde. Denn rein prozeßual wollen beide das gleiche sagen: Daß den bezeichneten Personen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Durch die verschiedene Fassung verführt, könnte ein Uneingeweihter dazu kommen, auch einen prozeßualen Unterschied in diesen beiden Bestimmungen zu suchen. Daß eine Unsicherheit geschaffen wurde, beweist Pfenninger, der sicher nicht als Uneingeweihter bezeichnet werden kann, wenn er schreibt [2]), daß Personen, die zur Wahrung des Berufsgeheimnisses ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzen, nach BStP vom Richter „überhaupt nicht b e f r a g t" werden dürfen, auch wenn sie von der Schweigepflicht entbunden seien.

2. Nach der nunmehrigen Fassung des Art. 77 BStP ist nun, wie schon erwähnt, die Entscheidung vollständig in das Ermessen der Berufsperson gestellt, ob sie aussagen will oder nicht, und es bleibt ohne jeden Einfluß auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht, ob der Geheimnisübermittler sie von der Geheimhaltungspflicht befreit hat oder nicht. Dadurch werden allerdings höchste Anforderungen an das Vertrauen des Klienten zur Berufsperson gestellt. Der Konflikt der Berufsperson zwischen ihrer moralischen — nicht gesetzlichen — Zeugnispflicht und der Schweigepflicht wird dadurch aber nicht behoben.

Gautier vertrat schon im Jahre 1901 die Ansicht, es sei vollständig in das Ermessen des Geheimnisträgers selbst zu stellen, ob er als Zeuge aussagen wolle oder nicht, nachdem er von der Geheimhaltungspflicht befreit worden ist durch den Geheimnisübermittler. Er führte folgendes aus [3]):

„Je suis d'avis que le dépositaire d'une confidence ne peut être valablement délié du secret que par lui-même. Mais le dépo-

[2]) Pfenninger, in SJZ **31** 165.
[3]) Gautier, in ZStR **14** 39.

sant, dira-t-on, le client n'a-t-il pas voix au chapitre? S'il autorise son confident à parler, s'il l'en adjure peut-être, ce dernier ne doit-il pas obéir? Sans doute il obéira le plus souvent, mais pas toujours. Il peut parler maintenant, mais il n'y est pas tenu et demeure seul maître de la détermination à prendre. Il peut estimer que son client entend mal ses propres intérêts et vouloir le servir malgré lui; il peut penser aussi que la publicité donnée à certains faits risque d'entraîner pour des tiers des conséquences désastreuses. Si le secret livré engendre un devoir absolu de discrétion envers celui qui a eu confiance, il fait naître aussi chez celui qui l'a reçu une obligation de délicatesse de propreté personnelle si l'on veut. L'honneur du dépositaire est engagé comme celui du dépositant. Et d'une consigne comme celle-lâ, on ne peut être relevé que par lui-même".

Beling[4]) steht dieser Regelung, wie sie jetzt im BStP durchgeführt ist, ablehnend gegenüber. Hier seine Meinung: „Auch wenn der Zeuge durch sein Reden einen noch so großen Vertrauensbruch seinem Gewährsmann gegenüber begeht, darf und muß das Gericht sich über einen solchen Verrat hinwegsetzen und den das Geheimnis unbefugt preisgebenden Geistlichen, Verteidiger usw. als Zeugen vernehmen. Daß diese Regelung sachgemäß wäre, wird man nicht behaupten können. Zwei Interessenten stehen sich gegenüber: Der dritte, der das Geheimnis dem Zeugen anvertraut hat, und der Staat, der gern in das Geheimnis eindringen möchte. Weshalb der selber gar nicht interessierte Zeuge die Entscheidung darüber abgeben soll, ob das Geheimnis gewahrt wird, ist schlechterdings nicht einzusehen. Entweder erscheint das Vertrauensverhältnis dem Staate als der Respektierung bedürftig, dann darf er es nicht durch den Vertrauensmann nach Lust und Belieben verletzen lassen; oder es erscheint ihm als nicht so wichtig, daß die strafprozeßuale Wahrheitserforschung darunter leiden müßte, und dann darf er nicht dem Vertrauensmann zuliebe von dem Eindringen in das Geheimnis Abstand nehmen. Nicht der Geheimnisempfänger ist es ja, auf den es ankommt, sondern der Geheimnisgeber".

Wir können nicht anders, als uns dieser Meinung anschließen. Denn u. E. wäre die Stellung des Standes gar nicht herabgemindert worden, wenn die Entscheidung in der Hand des Geheimnis-

---

[4]) Beling, Beweisverbote, S. 20.

übermittlers geblieben wäre, ob der Berufsinhaber aussagen dürfe oder nicht. Im Gegenteil, dadurch wäre das Vertrauen zwischen Arzt und Patient, zwischen Geistlichem und Hilfesuchendem usw. viel stärker geworden, wenn sich der Anvertrauende hätte sagen können: Wenn ich die Berufsperson nicht von der Schweigepflicht entbinde, so darf sie nicht aussagen. Dann wäre auch nicht die unsichere Situation entstanden, wie sie jetzt herrscht, daß die Berufsperson, die gewillt ist, Zeugnis abzulegen auch gegen den Willen des Geheimnisübermittlers, weil sie durch Interessenabwägungen zu der Ansicht gekommen ist, daß dies in diesem speziellen Falle ihre Pflicht sei, nun nicht weiß, ob sie durch den Anvertrauenden, dessen Interessen nun verletzt sind, auf Grund des materiellen Strafrechts zur Verantwortung gezogen wird. In der Literatur ist man sich nicht einig über die Frage, ob der nun verletzte Geheimnisübermittler diesen Zeugen belangen kann oder nicht. Die herrschende Meinung ist jedoch, daß dies nicht angehe [5]). Denn die Aussage eines Zeugen stelle niemals eine „unbefugte" Offenbarung im Sinne des § 300 des (deutschen) StGB dar. Löwe [6]) kommt auf anderem Wege ebenfalls zu diesem Resultat. Er geht davon aus, daß § 53 StPO und § 300 StGB ganz verschiedene Dinge regeln. Denn man habe sich bewußt zu bleiben, daß die erste Bestimmung dem Verfahrensrechte angehöre, und die zweite dem materiellen Rechte. Beide Vorschriften ständen danach in voller Unabhängigkeit voneinander, keine derselben schränke deshalb das Geltungsgebiet der andern ein. Aber § 300 StGB statuiere eben gar keine unbedingte Schweigepflicht. Sie falle weg, wenn sie mit einer andern, stärkeren Pflicht des Zeugen im Widerspruch stehe. Derselbe Gesichtspunkt müsse nun auch eingenommen werden, wenn der Zeuge ein Recht zur Aussage habe (nicht nur eine Pflicht). Stämpfli [7]) ist anderer Ansicht. Er stellt für den BStP fest: „Die zur Aussage bereiten Berufsinhaber werden, um sich nicht einer Strafverfolgung auszusetzen, vorher die Einwilligung des Berechtigten einholen. Für die strafrechtliche Verfolgung wegen Verletzung des Berufsgeheimnisses ist das kantonale Strafrecht maßgebend". Wir können uns Stämpfli nicht anschließen. Denn nach seiner Darstellung wäre das Recht des Zeugen, auch auszusagen, wenn ihn der Be-

[5]) Vgl. Beling, Beweisverbote, S. 20. Glaser, S. 533, Stenglein, N. 11 zu § 53 u.a.m.
[6]) Löwe, N. 18 zu § 53.
[7]) Stämpfli, N. 3 zu Art. 77.

rechtigte nicht von der Geheimhaltungspflicht befreit, von rein theoretischem Werte. Welcher Zeuge will sich, nur aus einem moralischen Pflichtgefühl heraus, die Rechtspflege bei der Erforschung der Wahrheit zu unterstützen, einer Strafverfolgung aussetzen, wenn ihm die Möglichkeit gegeben ist, sich mühelos und unbehelligt aus der Sache zu ziehen, einfach indem er von seinem Zeugnisverweigerungsrechte Gebrauch macht? Es ginge auch nicht an, daß kantonale Gesetze eine Person infolge einer Handlung mit Strafe bedrohen könnten, zu deren Vornahme eidgenössisches Recht sie berechtigt. Wie wir bei Löwe gesehen haben, berühren sich diese Bestimmungen aber gar nicht, da sie auf verschiedenem Gebiete liegen. Wenn man aber schon annehmen wollte, daß sie sich berühren, so käme der Satz zur Geltung: Bundesrecht bricht kantonales Recht. — Trotz dieser Ueberlegungen haben wir auch die Materialien gegen uns: „Ob Geistliche, Aerzte usw. in solchen Fällen zur Aussage berechtigt sind, ist im wesentlichen Sache des kantonalen Rechtes" und: „Es ist denkbar, daß das kantonale Recht eine Vorschrift enthält, die dem betreffenden Berufsinhaber nicht gestattet, auszusagen. Dann soll er das Recht haben, sich dieser kantonalen Vorschrift zu unterziehen; er soll nicht in Pflichtenkollisionen hineingeraten" [8]). Wir erinnern daran, daß die Materialien als Meinungen Einzelner nicht verbindlich sind.

Der Entwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch [9]) sieht in Art. 285, Ziff. 3 folgende Bestimmung über die Pflicht zur Wahrung von Berufsgeheimnissen vor: „Vorbehalten bleiben die eidgenössischen oder kantonalen Bestimmungen über die Auskunfts- und Zeugnispflicht". Aus dieser Bestimmung kann nach dem klaren Wortlaute nur der Schluß gezogen werden: Wenn die eidgenössischen Bestimmungen über die Zeugnispflicht vorbehalten werden, und diese dem Berufsinhaber unabhängig von der Entbindung von der Schweigepflicht durch den Berechtigten das Recht geben, über Berufsgeheimnisse auszusagen, so respektiert das materielle Strafrecht diese Bestimmung, bedroht also eine solche Aussage, wie wir sie jetzt diskutieren, nicht mit Strafe. Damit ist die Frage wenigstens für das kommende Recht klar in unserem Sinne entschieden.

---

[8]) Huber, in StenBull NR 1931, 715 und 717.

[9]) Entwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Vorlage für die Redaktionskommission vom Jahre 1937.

3. Dieses Zeugnisverweigerungsrecht ist kein generelles, wie dasjenige der Angehörigen. Es erstreckt sich nur auf solche Tatsachen, die einer der im Gesetz bezeichneten Person in ihrer Eigenschaft als Berufsperson anvertraut worden sind. — Die Befreiung von der Zeugnispflicht wird nicht etwa dadurch aufgehoben, daß der Verweigerungsberechtigte aus dem Berufe ausscheidet, bei Ausübung dessen ihm das Geheimnis anvertraut worden ist. Notwendig ist aber selbstverständlich, daß er zu der Zeit, wo ihm die vertrauliche Mitteilung gemacht wurde, bereits jener Berufsklasse angehörte.

Wenn eine dieser Berufspersonen ihren Beruf nicht mehr ausübt, und es kommen z. B. trotzdem immer noch frühere Klienten zu einem Rechtsanwalt, um sich von diesem beraten zu lassen, was häufig etwa der Fall sein wird, so fragt es sich, ob in diesen Fällen ein Zeugnisverweigerungsrecht noch zugestanden werden kann. Eine Meinung geht dahin, daß dies nicht angehe, denn der Rechtsanwalt, der hier Ratschläge erteile, nehme keine andere Stellung mehr ein, als der Freund des Ratsuchenden, der dasselbe tue und auch kein Zeugnisverweigerungsrecht genieße. Die andere Meinung geht dahin, man solle diesem Berufsinhaber doch noch das Zeugnisverweigerungsrecht gewähren, denn man könne hier nicht von völliger Aufgabe des Berufes, sondern nur von einer Einschränkung des Tätigkeitsfeldes sprechen. Als Kriterium, ob das eine oder das andere vorliegt, könnte beim Rechtsanwalt die Tatsache angesehen werden, ob er Bezahlung angenommen hat als Entschädigung für seine Tätigkeit oder nicht. Nicht anzuwenden wäre aber dieses Kriterium beim Pfarrer, der in den Ruhestand getreten ist, denn er nimmt überhaupt nie Bezahlung an für seine seelsorgerische Tätigkeit. Und doch wird es sich gerade auch bei ihm noch oft geben, daß er weiter seelsorgerisch wirkt, auch wenn er in den Ruhestand getreten ist. U. E. muß es hier im einzelnen Fall in das Ermessen des Richters gelegt werden, ob ein Zeugnisverweigerungsrecht gewährt werden kann oder nicht. In diesen Fällen wird sich eher eine weite Handhabung der gesetzlichen Bestimmungen empfehlen.

4. Unter Anvertrauen im Sinne von Art. 77 BStP wird jedes Mitteilen verstanden, bei dem Geheimhaltung verlangt oder erwartet wird. Nach Ruth [10]) ist es nicht erforderlich, daß Geheim-

---

[10]) Ruth, in DJZ **18** 1198.

haltung durch die Natur der betreffenden Sache oder durch Gesetz geboten ist. Unter Anvertrauen kann nach der ratio legis nicht nur die wörtliche (mündliche oder schriftliche) Mitteilung verstanden werden, sondern auch das Gelegenheit-Geben, Wahrnehmungen und Beobachtungen zu machen[11].

5. Die deutsche StPO bestimmt in § 56 auch für diese Fälle der Zeugnisverweigerung, daß der Zeuge die Tatsache, auf die er sein Zeugnisverweigerungsrecht stützt, auf Verlangen glaubhaft mache. Eine ähnliche Bestimmung weist der BStP auch hier nicht auf. Und doch wird man es auch hier nicht bei der einfachen Behauptung des Zeugen bewenden lassen, seine Antwort auf eine bestimmte Frage oder seine Aussage in der Sache ganz allgemein betreffe ein Berufsgeheimnis, das er nicht preiszugeben wünsche. Auch hier wird der Zeuge dies irgendwie glaubhaft zu machen haben. Das Gericht wird schließlich entscheiden, ob das Zeugnisverweigerungsrecht gewährt werden kann oder nicht[12].

6. Die Aufzählung der zeugnisverweigerungsberechtigten Personen ist im Gesetz abschließend geordnet. Der BStP hat dem Redaktor kein Zeugnisverweigerungsrecht verliehen: Seine Stellung wird im materiellen Strafrecht geregelt werden.

II. Geistliche.

1. Das Zeugnisverweigerungsrecht der Geistlichen war schon im mittelalterlichen Recht anerkannt. Die Geistlichen des Mittelalters waren frei von jedem weltlichen Gerichtszwang, also ohne weiteres auch vom Zeugniszwang. Aber auch nachdem sie der weltlichen Gerichtsbarkeit unterstellt worden waren, galt in allen Ländern und Bekenntnissen das Verbot der Einvernahme der Geistlichen als Zeugen über solche Tatsachen, die sie in Ausübung ihres Amtes als Seelsorger wahrgenommen hatten[13]. Dieses Beweisverbot hat sich aus dem kanonischen Recht entwickelt, und zwar nach dem Grundsatz, daß der Geistliche, was ihm als Seelsorger anvertraut worden ist, „non ut iudex scit, sed ut deus", erfahren habe[14]. Dieser Grundsatz wurde nicht blindlings vom heutigen Recht übernommen, sondern seine Aufnahme drückt den

---

[11]) GA **57** 207, **59** 464. Löwe, N. 2 zu § 53.
[12]) Löwe, N. 1 zu § 56. Vgl. auch § 8 II hiernach.
[13]) Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozeßrechtes, S. 287.
[14]) Wach, im Gerichtssaal, Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozeßrecht, Bd. 66, S. 14.

bewußten Willen des Staates aus, zu zeigen, daß es ihm auch heute noch daran gelegen ist, das tiefe Verhältnis zwischen Seelsorger und Ratsuchendem zu schützen und der Einmischung jeder weltlichen Gewalt zu entziehen.

2. Streit herrscht über den Begriff des Geistlichen. Nach der deutschen Doktrin werden als Geistliche im Sinne unserer Bestimmung nur solche anerkannt, die einer der staatlich anerkannten Religionsgemeinschaften angehören. Dies ist die Meinung der Mehrheit. Andere[15]), die den Begriff enger fassen, betrachten nur die Geistlichen der Landeskirchen als unter die Bestimmungen fallend. Die deutsche Reichsverfassung vom 11. August 1919 unterscheidet drei Arten von Religionsgesellschaften (Art. 137): 1. öffentlichrechtliche, 2. rechtsfähige, 3. nicht rechtsfähige. Löwe[16]) folgert daraus, daß nur die Religionsdiener der ersten Klasse als Geistliche im Sinne des § 53, Ziff. 1 aufzufassen seien. Denn da durch diese Bestimmung eine öffentlichrechtliche Vorzugsstellung gewährt werde, können nach Löwe die Religionsdiener der dritten und auch der zweiten Klasse nicht unter diese Bestimmung fallen. Für die Schweiz würden wir eher der Ansicht von Glaser zustimmen, wonach den Religionsdienern aller Religionsgemeinschaften das Zeugnisverweigerungsrecht zuzugestehen ist[17]). Denn in der Schweiz haben wir eine größere Gleichberechtigung inbezug auf die verschiedenen Religionsgemeinschaften, als dies in Deutschland der Fall ist. Da in den Kantonen Religionsgemeinschaften geduldet sind neben den Landeskirchen, sollen u. E. auch deren Prediger und Pfarrer, insofern sie seelsorgerisch tätig sind, als Geistliche im Sinne unserer Bestimmung anerkannt werden[18]). Ein besonderes Beweisverfahren hätte jeweilen zu ergeben, wenn es sich um den Geistlichen einer solchen Religionsgemeinschaft handelt, ob das vom Gesetze als schutzwürdig anerkannte Vertrauensverhältnis, wie es im allgemeinen zwischen Seelsorger und Kirchgemeindegliedern besteht, auch in diesen Fällen vorhanden ist. — Eine andere Auffassung als die, auch die Geistlichen der Religionsgemeinschaften, die

---

[15]) Puchelt, S. 131. Pfeiffer, Die strafrechtliche Stellung der Geistlichen und Religionsdiener, Diss. Freiburg 1911, S. 8.

[16]) Löwe, N. 6 zu § 53.

[17]) Glaser, S. 526.

[18]) Gleicher Ansicht Stooß, MilStGO, N. 3 zu Art. 86: „Darunter (unter Geistlichen) sind zu verstehen Geistliche der staatlich anerkannten Kirchen und religiösen Gesellschaften".

nicht der Landeskirche angehören, zu privilegieren, würde u. E. religiöser Intoleranz in der Rechtspflege gleichkommen und so gegen den allgemeinen Sinn des Art. 49 BV verstoßen.

3. Der BStP faßt die Bestimmung über das Zeugnisverweigerungsrecht der Geistlichen nicht so eng wie die deutsche StPO. Diese bestimmt in § 53:

„Zur Verweigerung des Zeugnisses sind ferner berechtigt:

1. Geistliche über das, was ihnen bei Ausübung der Seelsorge anvertraut worden ist.

2. ..."

Art. 77 BStP lautet dagegen:

„Geistliche, . . . dürfen über Geheimnisse, die ihnen in ihrem Amte oder Berufe anvertraut worden sind, nicht zum Zeugnis angehalten werden".

U. E. besteht kein faktischer Unterschied zwischen diesen beiden Bestimmungen. Die Ausnahme der Geistlichen von der Zeugnispflicht ist auf die Wahrung des Beichtgeheimnisses zurückzuführen. Es erweiterte sich dann auf die seelsorgerische Tätigkeit auch der nicht-katholischen Geistlichen. Aber niemand wird behaupten, daß sich nun etwa das Zeugnisverweigerungsrecht des Geistlichen auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes oder Amtes anvertraut worden sei, beziehe. Man stelle sich vor, in einer Sitzung der Kirchenpflege mache ein Mitglied derselben, das zugleich die Stellung eines Bundesbeamten innehat, Eröffnungen über Akten oder mündliche Verhandlungen einer Bundesbehörde, die für diese Kirchenpflege als solche von Interesse sind. Zu diesen Mitteilungen war der betreffende Bundesbeamte nicht befugt. Der Pfarrer der Kirchgemeinde, der als solcher von Amtes wegen Mitglied der Kirchenpflege ist, wird dadurch Zeuge eines Vergehens eines Bundesbeamten gemäß Art. 53, lit. c BStR. Dem Geistlichen wurde diese Mitteilung gemacht bei Ausübung seines Amtes, denn die Tätigkeit als Mitglied der Kirchenpflege bildet einen Teil seiner Amtstätigkeit[19]. Es ist offenbar, daß er sich in diesem Falle in einem Strafprozeß gegen jenen Bundesbeamten nicht auf Art. 77 BStP berufen könnte, um sein Zeugnisverweigerungsrecht geltend zu machen. Denn die ratio legis geht u. E. auch im BStP dahin, den Geistlichen ein Zeugnisverweigerungsrecht nur zu gewähren in Ansehung dessen, was

[19]) So z. B. im Kanton Aargau.

ihnen bei Ausübung der Seelsorge anvertraut worden ist. Dabei kann es sich um die Ausübung eines Amtes handeln, wenn es sich um den Geistlichen einer der Landeskirchen handelt, oder um die Ausübung eines Berufes, wenn es den Geistlichen einer der Religionsgemeinschaften angeht.

III. Rechtsanwälte.

1. Unter Rechtsanwälten im Sinne von Art. 77 BStP können nicht nur solche verstanden werden, die ihren Titel durch ein in einem Kanton abgelegtes Examen erworben haben. Denn in einigen Kantonen ist die Ausübung dieses Berufes nicht an das erfolgreiche Bestehen eines Examens geknüpft [20]). Wenn einzelne Kantone solche Rechtsanwälte zulassen, kann sie der BStP nicht schlechter behandeln als die andern, wenn sie im Bundesstrafverfahren als Zeugen aufzutreten haben.

Es ist anzunehmen, daß auch Stooß der gleichen Ansicht ist, wenn er schreibt [21]), unter Rechtsanwälten seien die „staatlich anerkannten Rechtsanwälte" zu verstehen. Daß unter staatlich anerkannten Rechtsanwälten auch die nicht patentierten zu verstehen sind, scheint klar; denn da sie zur Ausübung des Berufes zugelassen sind, sind sie auch staatlich anerkannt [22]). Unklar aber scheint, welche andern Anwälte Stooß mit seinem Ausdruck „staatlich anerkannte Rechtsanwälte" ausschließen wollte.

Den Rechtsanwälten gleichzustellen sind die Rechtspraktikanten, die die Anwälte vertreten. Es scheint uns richtiger, sie hier einzuordnen, als unter die Gehilfen, die doch eine weniger selbständige Rolle spielen.

Der BStP unterscheidet nicht zwischen Rechtsanwälten und Verteidigern. Das geht wohl aus der Ueberlegung hervor, daß im Begriff des Rechtsanwaltes der Begriff des Verteidigers eingeschlossen sei. Dies trifft aber nicht zu, denn der Kreis der Personen, die als Verteidiger in Betracht kommen, ist größer als derjenige der Rechtsanwälte. Das geht daraus hervor, daß nach verschiedenen kantonalen Prozeßgesetzen [23]) auch Personen zur

---

[20]) Als Beispiel sei angeführt der Kanton Solothurn, wo neben patentierten auch unpatentierte Anwälte zur Ausübung des Berufes zugelassen werden.

[21]) Stooß, MilStGO, N. 3 zu Art. 86.

[22]) Wenn Stooß mit den „staatlich anerkannten" Rechtsanwälten nur die patentierten gemeint hätte, so hätte er sicher eben „patentierte" geschrieben, und nicht „staatlich anerkannte".

[23]) Und auch z. B. nach der deutschen StPO § 138, Abs. 2.

Verteidigung zugelassen sind, die nicht Rechtsanwälte sind, sondern Freunde oder Verwandte des Beschuldigten. Deshalb führen auch fast alle betreffenden Prozeßgesetze, die auch diese Gelegenheitsverteidiger kennen, beide, Rechtsanwälte und Verteidiger, gesondert als zeugnisverweigerungsberechtigt auf.

Der BStP spricht wie gesagt nur von „Rechtsanwälten". Es ginge aber nun nicht an, daß in einem Bundesstrafverfahren eine solche Person, die in einem kantonalen Verfahren als Gelegenheitsverteidiger mitgewirkt hat, über Geheimnisse zum Zeugnisse gezwungen würde, die ihr in ihrer Eigenschaft als Verteidiger anvertraut worden sind. Denn wenn auch im Bundesstrafverfahren nur Anwälte, die in einem Kanton ihren Beruf ausüben, und Rechtslehrer an schweizerischen Hochschulen als Verteidiger zugelassen sind [24]), so muß der BStP doch, wenn es sich um Zeugen handelt, auf die kantonalen Prozeßgesetze Rücksicht nehmen. Denn die Klienten dieser Gelegenheitsverteidiger haben darauf vertraut, daß diese Verteidiger in ihrer Stellung als solche anerkannt seien und deshalb nicht zur Zeugnisablegung über ihnen in dieser Eigenschaft anvertraute Geheimnisse gezwungen werden können. Und dieses Vertrauen war nach dem jeweiligen kantonalen Prozeßgesetz wohl gerechtfertigt. Deshalb ginge es nicht an, wenn der Bundesgesetzgeber in diesen Fällen kein Zeugnisverweigerungsrecht zugestehen wollte. Man muß deshalb den Begriff des Rechtsanwaltes in Art. 77 BStP so weit fassen, daß auch diese Gelegenheitsverteidiger darunter subsumiert werden können.

2. Die Rechtsanwälte genießen ein Zeugnisverweigerungsrecht inbezug auf alles, was ihnen in Ausübung ihres Berufes anvertraut worden ist. Und zwar beschränkt sich die Befreiuung von der Aussagepflicht nicht nur auf Tatsachen, die dem Rechtsanwalt vom jeweiligen Beschuldigten mitgeteilt worden sind, sondern auch auf solche, die ihm von andern Personen, insbesondere auch von den Angehörigen des Beschuldigten, anvertraut worden sind. Es ist des weitern auch nicht nötig, daß der Rechtsanwalt mit der Verteidigung oder sonstigen Vertretung des Beschuldigten betraut ist. Die deutsche StPO nennt in § 53, Ziff. 2 die Verteidiger des Beschuldigten als zeugnisverweigerungsberechtigt. Danach könnte man der Auffassung sein, daß nur der gerade mit der Verteidigung betraute von der Zeugnispflicht eximiert sei. Die gesamte

---

[24]) Art. 35, Abs. 3 BStP.

deutsche Doktrin vertritt aber die gegenteilige Ansicht. Danach unterstehen Verteidiger überhaupt nicht der Zeugnispflicht inbezug auf das ihnen in dieser Eigenschaft anvertraute, gleichgültig, wann und in welcher Sache sie als Zeugen geladen werden [25]). Stalder [26]) will auch inbezug auf Mitteilungen, die dem Rechtsanwalt gegen die Interessen seines Mandanten, z. B. in einer Unterredung mit der Gegenpartei zugetragen wurden, eine Befreiung von der Zeugnispflicht anerkennen. Glaser rechnet allerdings solche Mitteilungen nicht zum „Anvertrauten" [27]). Nach Stalder jedoch kann nach dem Sinn der Bestimmung das „Anvertrauen" nur im weitesten Sinne verstanden werden. Nach ihm fällt alles, was der Rechtsanwalt (und auch der Notar) an schutzwürdigen Geheimnissen in Ausübung seines Berufes erfährt, darunter.

Wenn wir bedenken, daß der BStP mit seinen Bestimmungen über das Zeugnisverweigerungsrecht der Berufspersonen besonders das Standesinteresse schützen will, so können wir prinzipiell die Stellung Stalders auch für den BStP anerkennen, da diese Auffassung vom Begriff des Anvertrauens die Vertrauensstellung der Anwälte noch besser zu heben vermag.

IV. Notare.

1. Es wird nicht allgemein anerkannt, daß das Vertrauensverhältnis zwischen Notar und Klient so tief gehe, daß sich daraus eine Ausnahme von der Zeugnispflicht rechtfertigen ließe. Neumann [28]) findet die Exemtion der Notare von der Zeugnispflicht unnötig, da der Verkehr der Privatperson mit dem Notar nicht geschehe, um ein hohes menschliches Interesse zu wahren. Nicht die körperliche oder seelische Unversehrtheit, nicht die Freiheit stehe auf dem Spiel, sondern Wünsche, deren Nichterfüllung weniger bedauerlich sei, als die Unmöglichkeit, ein Delikt aufzuklären. Neumann fragt sich im folgenden, warum denn die neueren Gesetzgebungen nicht konsequent auch den weitern Schritt unternommen hätten, und auch die Versicherungs- und Krankenkassenangestellten, sofern sie nicht schon als „Beamte" privilegiert seien, von der Zeugnispflicht enthoben hätten. Das

[25]) So Löwe, N. 10 zu § 53, Glaser, S. 534.
[26]) Stalder, S. 91.
[27]) Glaser, S. 531.
[28]) Neumann, S. 180.

Problem sollte sich nach der sozialen Bedeutung der einen oder andern Institution entscheiden nach Neumann[29].

Stalder bejaht die Notwendigkeit eines Zeugnisverweigerungsrechtes für den Notar und weist besonders hin auf die Mitwirkung des Notars bei familienrechtlichen und erbrechtlichen Geschäften, was ein weitgehendes Interesse der Beteiligten an der Verschwiegenheit des Berufsinhabers mit sich bringe[30]. Wir schließen uns dieser Ansicht an und machen besonders darauf aufmerksam, daß z. B. jemand, dem der Notar helfen soll bei der Abfassung einer letztwilligen Verfügung, diesem Eröffnungen macht über Tatsachen und Geschehnisse aus seiner Familie, die in einem spätern strafrechtlichen Verfahren relevant sein können, damit der Notar unter Berücksichtigung dieser Tatsachen seinem Klienten Vorschläge machen kann für die Gestaltung dieses Testamentes.

Auf Grund dieser Einsicht hat der Gesetzgeber auch im BStP den Notar mit einem Zeugnisverweigerungsrecht ausgezeichnet.

2. Als Notare im Sinne dieser Bestimmung sind nur diejenigen solcher Kantone zu verstehen, wo das Notariat nicht als ein Amt errichtet ist. Denn jene Notare, die Beamte sind, sind als solche den Bestimmungen des Art. 78 BStP unterstellt.

V. Medizinalpersonen.

1. Der BStP ist in der Privilegierung der Medizinalpersonen durch ein Zeugnisverweigerungsrecht ziemlich weit gegangen. Es ist dies aus der Schwierigkeit hervorgegangen, eine billig erscheinende Abgrenzung zwischen den Medizinalpersonen vorzunehmen, denen ein Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden werden sollte, und denen, die nicht durch dieses Recht ausgezeichnet werden sollten. Daher hat der Gesetzgeber den Rahmen möglichst weit gezogen, um allen eventuell berechtigten Ansprüchen auf ein Zeugnisverweigerungsrecht zu genügen nach dem Grundsatze, eher einige Schuldige straflos ausgehen zu lassen, als ein berech-

---

[29]) Mit diesem letzten Satz hat aber Neumann einen offenbaren Fehltritt getan. Ob den Inhabern einer bestimmten Berufsart ein Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden werden soll, ist sicher nicht nach der Bedeutung des sozialen Interesses an der betreffenden Institution zu entscheiden, sondern nach der Bedeutung des Interesses des Einzelnen an der Geheimhaltung des Inhaltes seiner Beziehungen zu der betreffenden Berufsperson, d. h. danach, ob dieses Interesse in genügendem Maße schutzwürdig genannt werden kann.

[30]) Stalder, S. 90.

tigtes Interesse auf Geheimhaltung gewisser Tatsachen zu verletzen.

2. Als erste privilegierte Medizinalpersonen nennt der BStP die Aerzte. Die Bestimmung des Begriffes Arzt macht aber einige Schwierigkeiten. Die Doktrin ist sich einig darüber, daß es sich um staatlich anerkannte Aerzte handeln muß [31]). Als solche werden betrachtet Aerzte, die nach dem vorgesehenen ärztlichen Studium die ärztliche Staatsprüfung bestanden und demzufolge die staatliche „Approbation" als Arzt erhalten haben [32]). Einig ist man sich auch darüber, daß alle Spezialärzte, wie Augenärzte, Frauenärzte, Kinderärzte usw. unter den Begriff unserer Bestimmung fallen. Dagegen sind nach unserer Definition des staatlich anerkannten Arztes die Naturheilärzte nicht unter den Begriff zu subsumieren [33]), sofern sie nicht nach dem vorgeschriebenen allgemeinen ärztlichen Studium ebenfalls wie die andern Aerzte die Staatsprüfung bestanden haben. — Es wird allgemein auch dem Arzt, der seinen Beruf nicht ausübt, aber gelegentlich einmal einen Patienten behandelt, ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt [34]).

Selbstverständlich ist, daß der Tierarzt nicht zu den zeugnisverweigerungsberechtigten Medizinalpersonen gezählt werden kann. Das geht aus der ratio legis ohne weiteres hervor. Denn das Gesetz wollte mit seiner Bestimmung erreichen, daß nicht M e n s c h e n sich der ärztlichen Pflege entziehen sollen, aus Furcht, der behandelnde Arzt werde nachher als Zeuge aussagen und so eventuell zu ihrer Ueberführung beitragen. Es ist also klar, daß das Zeugnisverweigerungsrecht nur für den den Menschen behandelnden Arzt geschaffen sein soll.

Schwieriger dagegen wird die Frage, ob auch der Zahnarzt zu den zeugnisverweigerungsberechtigten Spezialärzten zu zählen ist. Stalder lehnt ein Zeugnisverweigerungsrecht der Zahnärzte für das bernische Strafverfahren ab [35]). Zur Begründung führt

---

[31]) Stooß, MilStGO, N. 3 zu Art. 84.

[32]) Löwe, N. 15 zu § 53.

[33]) Es besteht hier keine Kontroverse zu der Regelung bei den Anwälten und Verteidigern, wo auch die nichtpatentierten durch ein Zeugnisverweigerungsrecht ausgezeichnet sind, denn diese sind durch das Gesetz in den einzelnen Kantonen ausdrücklich anerkannt, während die Tätigkeit jener in gewissen Kantonen höchstens geduldet ist. — Vgl. auch Neumann, S. 173/174.

[34]) Gleicher Meinung: Stalder, S. 83.

[35]) Stalder, S. 84.

er folgendes an[36]: Die Tätigkeit des Zahnarztes beschränke sich auf ein Spezialgebiet der menschlichen Gesundheitspflege. Es sei nicht denkbar, daß ein Zahnarzt bei Ausübung seiner Heiltätigkeit eine Wahrnehmung machen könnte, die einen Menschen von der Inanspruchnahme zahnärztlicher Hilfe abhalten würde. Er fährt fort, die Stellung des Zahnarztes gegenüber seinen Patienten weiche so sehr von derjenigen des Arztes ab, daß es wohl begründet sei, den ersteren von der Zeugnispflicht nicht auszunehmen. Als weiteres Argument führt er an, daß der Gesetzgeber in Art. 141, Ziff. 5 des bernischen StV die privilegierten Medizinalpersonen namentlich aufzähle, den Zahnarzt indessen nicht erwähne. Gegen diese Begründung einer Nichtprivilegierung des Zahnarztes ist folgendes einzuwenden: Es ist richtig, daß sich die Tätigkeit des Zahnarztes auf ein Spezialgebiet der menschlichen Gesundheitspflege beschränkt. Aber tut das nicht auch die Tätigkeit des Augenarztes, den gerade Stalder als Spezialarzt auch privilegiert wissen will?[37] Wenn Stalder sagt, daß es keine denkbaren Fälle gebe, wo der Zahnarzt Wahrnehmungen machen könnte, die einen Menschen abhalten könnten, seine Hilfe in Anspruch zu nehmen, was wir übrigens noch widerlegen werden, so muß man sich fragen, ob denn der Augenarzt eher solche Wahrnehmungen machen könne. Das muß wohl verneint werden. Daher läßt sich nicht rechtfertigen, daß dem Augenarzt ein Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden wird, dem Zahnarzt aber nicht. Es sind, entgegen der Ansicht Stalders, sogar ganz gut Fälle denkbar, wo jemand sich scheuen könnte, zahnärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, aus Angst, der Zahnarzt müsse nachher über seine Wahrnehmungen vor Gericht deponieren. Es könnte z. B. vorkommen, daß jemand anläßlich einer Schießerei, sei es gegen die Polizei oder andere Gegner, einen Mundschuß erhält, der ihm z. B. alle Schneidezähne wegrasiert. Der betreffende wird sehr wahrscheinlich ein sehr großes Interesse haben, seine Beteiligung an dieser Schießerei zu verheimlichen und würde eventuell einen Zahnarzt nicht konsultieren, um sich die Resten seiner Schneidezähne ausziehen zu lassen, was ihm bei einer eventuellen Infektion das Leben kosten kann. Wenn er aber weiß, daß auch dem Zahnarzt ein Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden wird, so wird

---

[36]) Das bernische StV nennt als zeugnisverweigerungsberechtigte Medizinalpersonen ebenfalls wie der BStP „Aerzte, Apotheker, Hebammen". Art. 141, Ziff. 5.

[37]) Stalder, S. 82/83.

er hingehen und sich behandeln lassen. — Zum letzten Argument, das Stalder anführt, nämlich, daß der Gesetzgeber die verweigerungsberechtigten Medizinalpersonen namentlich aufgezählt habe, den Zahnarzt aber nicht erwähne, ist zu bemerken, daß der Gesetzgeber gerade die Spezialärzte nicht namentlich aufgezählt hat und daß man mit der ganz gleichen Berechtigung per analogiam schließen kann, daß auch der Zahnarzt verweigerungsberechtigt ist wie die andern Spezialärzte. Denn der ganze Unterschied zwischen den Zahnärzten einerseits und den andern Spezialärzten andererseits besteht nur darin, daß diese vor ihrer Spezialausbildung das Studium eines praktischen Arztes genossen haben, was bei den Zahnärzten in der Regel nicht zutrifft, da sie meist nur ihre besonderen zahnärztlichen Examen ablegen. Und dieser einzige Unterschied ist für unsere Frage nicht relevant, und deshalb können aus diesem Unterschied auch keine Schlüsse gezogen werden, die eine unterschiedliche Behandlung der Zahnärzte und der andern Spezialärzte rechtfertigen würde. Selbstverständlich gilt das Gesagte nur für den diplomierten Zahnarzt.

Wir kommen demnach zu dem Schlusse, daß auch den Zahnärzten ein Zeugnisverweigerungsrecht zugesprochen werden muß.

3. a) Im weitern gewährt der BStP den Apothekern ein Zeugnisverweigerungsrecht. Der BStP geht damit, wie wir schon weiter oben allgemein bemerkt haben, ziemlich weit, und stellt sich in Gegensatz zu den meisten geltenden Strafprozeßgesetzen. Weder die deutsche noch die meisten kantonalen Strafprozeßordnungen sehen ein Zeugnisverweigerungsrecht des Apothekers vor[38]). Und doch erscheint die Privilegierung des Apothekers durchaus gerechtfertigt. Denn als erstes haben wir festzustellen, daß er die tatsächliche Stellung eines ärztlichen Gehilfen innehat. Er bereitet die dem Patienten verordneten Rezepte zu oder verkauft sie als Fertigware, auf jeden Fall kann er auf Grund seiner pharmakologisch-therapeutischen Kenntnisse ersehen, zur Heilung welcher Krankheit und auch eventuell welcher Verletzungen die betreffenden Heilmittel dienen. Andererseits kommt es vor, daß Personen, ohne vorher beim Arzt gewesen zu sein, direkt zum Apotheker gehen, da sie schon wissen, woran sie leiden, und sich vom Apotheker in der Wahl der Heilmittel beraten lassen.

[38]) Nur Bern, Art. 141, Ziff. 5, und Neuenburg, Art. 185, Ziff. 3, und einige der modernen Strafprozeßgesetze weisen ebenfalls ein Zeugnisverweigerungsrecht des Apothekers auf.

Und gerade diese Personen sind es zum Teil, die irgend etwas zu verbergen haben, und deshalb lieber nur eine Person in ihr Vertrauen ziehen, als deren zwei. Und da sie in manchen Fällen wissen, daß sie weniger eine ärztliche Behandlung, als vielmehr ein Heilmittel benötigen, so gehen sie direkt zum Apotheker und nicht zum Arzt.

Der BStP gewährt den Apothekern ein Zeugnisverweigerungsrecht über Geheimnisse, die ihnen bei Ausübung ihres Berufes anvertraut worden sind. Dabei kann es sich aber doch nicht um jedes Geheimnis handeln, das der Apotheker in seinem Berufe wahrnimmt. Denn die ratio legis geht dahin, den Apotheker im Anschluß an die Befreiung des Arztes von der Zeugnispflicht ebenfalls von derselben zu befreien inbezug auf den Teil seiner beruflichen Betätigung, der rein pharmakologisch, d. h. auf Herstellung und Verkauf von Heilpräparaten gerichtet ist. Und zwar müssen wir auch diesen Satz wieder einschränken insofern, als die Exemtion von der Zeugnispflicht nur Platz greift für Wahrnehmungen, die gemacht wurden bei der Herstellung oder beim Verkauf von Heilmitteln, die für Menschen und nicht für Tiere bestimmt sind[39]). Die allgemeine Abgrenzung, — im Gegensatz zu dieser letztern speziellen — müssen wir machen, um dem Apotheker nicht ein ungerechtfertigtes Privileg gegenüber dem Drogisten zu geben. Es soll damit gesagt sein, daß dem Apotheker über Wahrnehmungen, die er macht bei einer Tätigkeit, wie sie auch der Drogist ausübt, kein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht.

4. Der BStP hat u. E. mit Recht auch der Hebamme ein Zeugnisverweigerungsrecht gegeben. Die Hebamme, in manchen Gegenden die unentbehrliche Geburtshelferin, genießt im allgemeinen und besonders in solchen Gegenden ein Vertrauen, das demjenigen, das dem Arzt entgegengebracht wird, in manchen Fällen gleichwertig wenn nicht überlegen sein wird. Wenn der Gesetzgeber dieses Vertrauensverhältnis schützt, so entspricht das einem Gebote der Billigkeit. Das Vertrauensverhältnis erhält hier noch eine besondere Tiefe dadurch, daß sich die Patientinnen der Hebamme als einer Geschlechtsgenossin noch rückhaltloser anvertrauen, als dies einem Arzte gegenüber geschehen würde.

Einen andern Grund, der Hebamme ebenfalls ein Zeugnisverweigerungsrecht zu gewähren, führt Lilienthal[40]) an. Er weist

[39]) Vgl. hier die Erörterungen betr. den Tierarzt, unter Ziff. 2 hiervor.
[40]) Lilienthal, in ZStW **19** 750.

darauf hin, daß hauptsächlich in Stadtgegenden es nur eine Geldfrage sei, ob eine Frau einen Gynäkologen oder eine Hebamme beiziehe. „Die Folge der ungleichen Behandlung von Arzt und Hebamme als Zeugen im Strafprozeß wäre dann, daß die pekuniär besser gestellte Patientin auch rechtlich besser gestellt wäre als die minder bemittelte".

VI. Die Gehilfen der zeugnisverweigerungsberechtigten Berufspersonen.

Der BStP hat das Problem, ob den Personen, welche den Berufsinhabern bei der Ausübung ihres Amtes oder ihres Berufes behilflich sind, auch ein Zeugnisverweigerungsrecht zuzubilligen sei, in großzügiger Weise im bejahenden Sinne gelöst.

Der BStP unterscheidet nicht, ob die Gehilfen das Berufsgeheimnis vom Berufsinhaber oder zu gleicher Zeit mit ihm erfahren haben, oder ob es ihnen vom Klienten selbst, z. B. in Abwesenheit des Berufsinhabers, mitgeteilt worden ist. Neumann macht diese Unterscheidung [41]). Er führt aus, daß für den ersten Fall die Lösung einfach sei. Denn dort würde die Versagung des Privilegs für den Gehilfen einer Gesetzesumgehung gleichkommen. Und daher wäre es vollkommen unmoralisch, wenn der Richter, nachdem der Arzt, der Anwalt das Zeugnis verweigert hätten, deren Gehilfen, Krankenschwestern, Kanzlisten befragen könnte. Wir gehen in dieser Hinsicht mit Neumann völlig einig, denn durch Nichtprivilegierung dieser Gehilfen würde der Zweck des Zeugnisverweigerungsrechtes der Berufspersonen völlig illusorisch.

Zum zweiten Fall, wo ein Klient einem Gehilfen allein etwas anvertraut, ohne daß der Berufsinhaber dabei ist, bemerkt Neumann, daß die Tatsache, daß der Klient die Hilfsperson von etwas unterrichte, die Vermutung begründe, er betrachte die Mitteilung nicht als Geheimnis, sonst hätte er sie nicht gemacht, und dies sei ein Grund, die Gehilfen nicht in das Zeugnisverweigerungsrecht einzubeziehen. Neumann fügt noch bei, daß, sobald die Hilfsperson anfange, selbständig zu handeln, und dabei die geheimzuhaltende Tatsache erfahre, sie aufhöre, Hilfsperson zu sein im strafprozeßualen Sinne. Sie stelle Diagnosen und erteile Ratschläge hinter dem Rücken der Berufsperson und unterscheide

[41]) Neumann, S. 181/182.

sich darin in keiner Weise von einer Drittperson, deren Zeugnispflicht unbestritten feststehe. Wenn man diesen Gehilfen ein Zeugnisverweigerungsrecht einräumen wollte, folgert Neumann weiter, so käme man zu dem merkwürdigen Schlusse, daß ein Arztgehilfe, der vormittags Hilfsdienste verrichte, und nachmittags selbständig unter eigener Verantwortung praktiziere (wie das im Kanton Appenzell möglich sei), ein Privilegium genösse, derjenige aber, der auf eigenen Füßen stehend herumdoktere, leer ausgehen würde. Neumann schlägt in diesem Sinne den Kantonen Bern und Freiburg restriktive Interpretation des Gehilfenbegriffes vor. Dieser Ratschlag ist zweifellos gut gemeint, aber wir glauben kaum, daß einem der Richter jener Kantone je eingefallen wäre, jemand, der nachmittags „selbständig, unter eigener Verantwortung praktiziert", von der Zeugnispflicht für Wahrnehmungen, die er bei dieser Tätigkeit gemacht hat, auszunehmen. U. E. muß aber auch dann dem Gehilfen ein Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden werden, wenn er die Wahrnehmung in Abwesenheit des Berufsinhabers gemacht hat; denn es kann ganz gut sein, daß ein Klient eine dringliche Mitteilung, die auch ein Geheimnis darstellt, eben dem Gehilfen macht, wenn der Berufsinhaber selbst gerade abwesend ist. Denn durch eine solche Entgegennahme einer Mitteilung wird der Gehilfe zum Vertreter des Berufsinhabers, und als solchem steht ihm noch eher ein Zeugnisverweigerungsrecht zu, als einem gewöhnlichen Gehilfen.

§ 7. Die Stellung der Beamten[1]).

1. Die Beamten nehmen eine Ausnahmestellung ein innerhalb der zeugnisverweigerungsberechtigten Berufspersonen. Der Gesetzgeber hat ihnen nicht ein Zeugnisverweigerungsrecht gegeben, wie den andern, sondern er hat für den Richter ein bedingtes Verbot der Vernehmung aufgestellt[2]). Wenn die vorgesetzte Behörde die Zustimmung zur Vernehmung des Beamten nicht erteilt, so ist es dem Gericht verboten, diesen Zeugen zu vernehmen. Der BStP erläßt keine Vorschriften, in welchen Fällen die

[1]) Die Edition der Amtsakten, wie sie in Art. 78 BStP im Zusammenhang mit der Zeugenstellung der Beamten behandelt ist, wird hier nicht untersucht, da sie nicht in unser Thema gehört.

[2]) Wir sprechen hier mit Geyer (S. 518) von einem bedingten Verbot der Vernehmung. Ullmann (S. 364) spricht von einem Beweisverbot.

vorgesetzte Behörde die Zustimmung verweigern darf und in welchen Fällen nicht. Die deutsche StPO bestimmt in § 54, daß diese Genehmigung der vorgesetzten Behörde nur dann verweigert werden darf, wenn die Ablegung des Zeugnisses dem Wohle des Reichs oder eines deutschen Landes zum Nachteil gereichen würde. Mit dieser Bestimmung ist allerdings nicht viel gesagt, außer daß dadurch festgesetzt wird, daß nicht Rücksicht genommen werden darf auf bloße Dienstinteressen, wie bei der Verweigerung der Ermächtigung eines Beamten zur Ablegung eines sachverständigen Gutachtens nach § 76 deutsche StPO [3]). Der BStP erklärt im übrigen die Bestimmungen des eidgenössischen und kantonalen Verwaltungsrechtes als maßgebend. In diesem Sinne finden wir denn auch Bestimmungen im eidgenössischen Verwaltungsrecht, so im BG über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927 [4]), in der Verordnung über das Dienstverhältnis der allgemeinen Bundesverwaltung vom 24. Oktober 1930 [5]), und in der Verordnung über das Dienstverhältnis der Bundesbahnen vom 24. Oktober 1930 [6]).

Das Beamtengesetz vom Jahre 1927 bestimmt in Art. 28, Abs. 3, daß der Bundesrat die Grundsätze aufzustellen habe, nach denen die zuständige Amtsstelle die Ermächtigung der Aussage zu erteilen habe. Im folgenden stellt aber der Artikel selbst solche Grundsätze auf, indem er bestimmt, daß die Ermächtigung nur dann verweigert werden dürfe, wenn die allgemeinen Landesinteressen es verlangen oder wenn die Ermächtigung die Verwaltung in der Durchführung ihrer Aufgabe wesentlich beeinträchtigen würde. Dieser letzte Grund zur Verweigerung der Zustimmung deckt sich inhaltlich mit dem Grund, den § 76, Abs. 2 der deutschen StPO für die Verweigerung der Ermächtigung zur Ablegung eines sachverständigen Gutachtens durch einen Beamten anführt. Es wird dort gesagt, daß diese Ermächtigung versagt werde, wenn die vorgesetzte Behörde erkläre, daß die Vernehmung den dienstlichen Interessen Nachteil bereiten würde. Der Begriff der dienstlichen Interessen ist dabei nach Löwe sehr weit zu fassen [7]). Wie wir eben dargelegt haben, anerkennt die deutsche StPO diesen Grund zur Verweigerung

[3]) Vgl. Beling, Beweisverbote, S. 8.
[4]) AS **43** 439.
[5]) AS **46** 599.
[6]) AS **46** 647.
[7]) Löwe, N. 4 zu § 76.

der Ermächtigung nur, wenn es sich um die Bestellung eines Beamten als Sachverständigen handelt, der ja als solcher ersetzbar ist. Deshalb hat dieser Verweigerungsgrund auch seine Berechtigung. Es fragt sich aber, ob dieser Grund zur Verweigerung der Ermächtigung auch dann anerkannt werden darf, wenn es sich um die Ablegung eines Zeugnisses handelt. Und insbesondere dann, wenn es sich um den einzigen Zeugen für eine bestimmte Tatsache handelt. Soll in einem solchen Falle das dienstliche Interesse, die wesentliche Beeinträchtigung einer Verwaltung in der Durchführung ihrer Aufgabe dem Anspruch des Staates auf Erforschung der Wahrheit vorgehen? Besteht nicht die Gefahr, daß dieser Grund zur Verweigerung der Ermächtigung vorgeschützt wird, wo die Vernehmung des betreffenden Beamten hauptsächlich etwas unbequem ist für die vorgesetzte Behörde, die die Ermächtigung zu erteilen hat?

In der Verordnung über das Dienstverhältnis der Beamten der allgemeinen Bundesverwaltung wird die Zuständigkeit und das Verfahren geordnet. Abs. 3 und 4 des Art. 20 dieser Verordnung bestimmen:

„Zuständig für die Ermächtigung zur Aeußerung sind die Departemente. Die Oberzolldirektion, die Oberpostdirektion und die Obertelegraphendirektion erteilen die Ermächtigung zur Aeußerung, soweit sie Wahlbehörde sind, für ihren Bereich.

Die eidgenössischen Gerichte ordnen die Zuständigkeit für ihren Bereich."

Und das Verfahren regelt Abs. 2 desselben Artikels:

„Soweit nötig, läßt sich die zuständige Amtsstelle vom Organ der Rechtspflege die Punkte bezeichnen, über die der Beamte vernommen werden soll. Die Ermächtigung kann allgemein oder nur für einzelne Punkte erteilt werden."

Für die kantonalen und kommunalen Beamten sind die Bestimmungen des kantonalen Verwaltungsrechtes maßgebend.

2. Wenn die zuständige vorgesetzte Behörde die Ermächtigung zur Aussage erteilt hat, so hat der betreffende Beamte nurmehr die Stellung eines gewöhnlichen Zeugen[8]. Vor der Erteilung der Ermächtigung darf das Gericht den Beamten über ein Amtsgeheimnis gar nicht vernehmen, auch wenn der Beamte dazu bereit wäre.

---

[8]) Vgl. Glaser, S. 460.

Der BStP unterscheidet nicht zwischen Beamten, Angestellten und Arbeitern [9]). Dieser Begriff des Beamten ist deshalb weit zu fassen [10]). Nach Neumann dürfen alle Personen unter diesen Begriff subsumiert werden, welche vom Staate oder autonomen Verwaltungskörpern (Gemeinden) angestellt, mit der Erledigung staatlicher Angelegenheiten betraut sind. Ob das Anstellungsverhältnis auf öffentlichrechtlichem Akt beruht oder auf privatrechtlichem Dienstvertrag, bleibt sich gleich. Entscheidend ist allein, ob die betreffende Person in Ausübung ihres Amtes Gelegenheit erhält, Geheimnisse zu erfahren, deren Verschweigung im Interesse des betreffenden Verwaltungszweiges im besonderen oder des Staates im allgemeinen liegt. Daß der Begriff des Beamten so ausgelegt werden muß für diese Bestimmung, geht aus dem Zweck derselben hervor.

Neumann [11]) und Stalder [12]) sehen keinen Zusammenhang zwischen der Ausnahme der Zeugnispflicht betreffend die Beamten und der „Zeugnisunfähigkeit" der Gerichtspersonen. Selbstverständlich seien sie auch den Bestimmungen über das Einvernahmeverbot der Beamten in den verschiedenen StPO unterworfen, doch werde ihre Befreiung von der Aussagepflicht begründet durch die richterliche Unabhängigkeit. Abgesehen von den Delikten gegen den Staat lassen sich nach Stalder nur schwerlich Fälle denken, wo bei der Durchführung einer Strafverfolgung Geheimnisse bekannt würden, deren Veröffentlichung dem Staate nachteilig wäre. Für die deutsche StPO ist Neumann der Ansicht, daß eine Anrufung des § 53 (jetzt 54) schon aus formellen Gründen nicht möglich wäre, da innerhalb der Organisation der Gerichte eine Subordination des einen Gerichtes unter ein anderes in Justiz- (wenn auch nicht in Verwaltungs-) Angelegenheiten vermieden worden sei. Die Einholung der Einvernahmebewilligung wäre also nach Neumann faktisch unmöglich. Der Bundesrat ist offenbar anderer Meinung: Er bestimmt in Art. 20, Abs. 4 der Verordnung über das Dienstverhältnis der Beamten der allgemeinen Bundesverwaltung vom 24. Oktober 1930: „Die eidgenössischen Gerichte ordnen die Zuständigkeit für ihren Bereich". Damit ist gemeint, daß die Gerichte selbst bestimmen

---

[9]) Stämpfli, N. 1 zu Art. 78.
[10]) Löwe, N. 2 zu § 54. Neumann, S. 176.
[11]) Neumann, S. 64.
[12]) Stalder, S. 80.

sollen, wer vorgesetzte Behörde sein soll für die Gerichtsbeamten im Sinne des Art. 78 BStP. Danach haben wir die normale Ausnahme, wie sie bei den übrigen Beamten besteht, auch für die Beamten der eidgenössischen Gerichte. Denn diese Ausnahme von der Zeugnispflicht geht nicht nur aus dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit hervor, sondern auch aus dem Interesse des Staates an der Geheimhaltung schutzwürdiger Tatsachen. Denn es ist gut denkbar, daß auch der Gerichtsbeamte Wahrnehmungen machen kann, deren Weiterverbreitung gegen die Interessen des Landes wäre. —

Gleich, wie die Schweigepflicht des Beamten sein Anstellungsverhältnis überdauert inbezug auf Wahrnehmungen, die er in Ausübung seines Amtes gemacht hat, so überdauert auch das bedingte Einvernahmeverbot dieses Anstellungsverhältnis. Es ist in einem solchen Falle die Ermächtigung zur Aussage von der gleichen vorgesetzten Behörde einzuholen, wie wenn der betreffende Beamte noch in seinem Amte wäre.

3. Art. 78 BStP besagt, daß ein Beamter nicht über ein Amtsgeheimnis vernommen werden darf, ohne daß die Ermächtigung der vorgesetzten Behörde beigebracht worden wäre. Damit kommt klar zum Ausdruck, daß sich diese Bestimmung nicht auf jede Einvernahme eines Beamten über Wahrnehmungen, die er bei Ausübung seines Amtes gemacht hat, bezieht, sondern nur auf die Einvernahme über ein Amtsgeheimnis. Was unter diesen Begriff fällt, werden im Einzelfalle der Beamte und das Gericht zusammen zu entscheiden haben.

Wenn beide, der Richter und der Beamte, der Ansicht sind, es werde durch die Aussage ein Amtsgeheimnis nicht tangiert werden, so kann unbedenklich zur Einvernahme geschritten werden, ohne daß die Ermächtigung der vorgesetzten Behörde eingeholt worden wäre. Wird aber die Ansicht vertreten, es handle sich um ein Amtsgeheimnis, und wird daher die vorgesetzte Behörde um Ermächtigung zur Aussage ersucht, so hat das Gericht nicht etwa ein Nachprüfungsrecht des Entscheides der vorgesetzten Behörde, wenn dieser ablehnend lautet[13]).

Neumann ist der Ansicht, daß durch das Verbot der Vernehmung nicht nur die Staatsverwaltung, sondern auch der Bürger im Verkehr mit dem Staate geschützt werden soll[14]). In diesem

[13]) RGSt **7** 74, **44** 292. Glaser, S. 522.
[14]) Neumann, S. 176.

Punkte liege der Befreiung der Beamten die gleiche ratio zugrunde, wie derjenigen aller andern Berufspersonen. Diese Auffassung Neumanns hat etwas richtiges an sich. Warum sollten nur die Beziehungen eines Privaten zu einer privaten Berufsperson geschützt sein, und diejenigen nicht, die ihn mit einer Behörde verbinden? Doch sind diese privaten Beziehungen im Gesetz nicht berücksichtigt.

Zweiter Abschnitt.

Die Einvernahme des Zeugen.

§ 8. Die Befragung über die persönlichen Verhältnisse.

I. Allgemeines.

Die Feststellung der persönlichen Verhältnisse des Zeugen dient einmal der Feststellung seiner Identität. Denn es kann vorkommen, daß auf unvollständige Angaben hin ein falscher Zeuge geladen wird, der aber vielleicht den gleichen Namen trägt, wie der z. B. vom Beschuldigten genannte.

Weiter wird die Feststellung der persönlichen Verhältnisse und insbesondere des Alters des Zeugen vorgenommen, um seine Eidesfähigkeit festzustellen (darüber näheres in § 11, Ziff. VI hiernach).

Als Personalfragen im Sinne der Feststellung der persönlichen Verhältnisse bezeichnet die deutsche Doktrin die Fragen nach „Vornamen und Zunamen, Alter, Stand oder Gewerbe und Wohnort" (§ 67 deutsche StPO). Im BStP werden keine nähern Vorschriften gemacht inbezug auf die Fragen, die der Richter zu stellen hat. Doch ist in der schweizerischen Gerichtspraxis allgemein üblich, daß auch noch nach dem Heimatort gefragt wird.

Als Generalfragen werden jene bezeichnet, die die Beziehungen des Zeugen zum Beschuldigten und andere Umstände betreffen, die auf seine Glaubwürdigkeit Einfluß haben.

II. Ist der Zeuge zur Zeugnisverweigerung berechtigt?

1. Nach Art. 84, Abs. 2 hat der Richter festzustellen, ob Umstände vorliegen, die den Zeugen zur Zeugnisverweigerung berechtigen. Unter diesen Umständen können jedoch nur jene ver-

standen sein, bei deren Vorhandensein der Richter den Zeugen über sein Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren hat. Denn dort, wo dem Richter keine Belehrungspflicht obliegt, wird er erst dann zur Prüfung schreiten, ob ein Zeugnisverweigerungsrecht vorhanden sein könnte, wenn der Zeuge die Aussage verweigert und sich auf ein solches Zeugnisverweigerungsrecht beruft.

2. Durch die Einordnung der Bestimmungen betr. die Belehrung des Zeugen über das Zeugnisverweigerungsrecht unmittelbar nach Art. 75, wo das Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen geordnet ist, soll u. E. nicht ausgedrückt werden, daß eine Belehrung [1]) nur in den Fällen des Art. 75 durch den Richter vorzunehmen ist. Deshalb hat er auch nicht nur in diesen Fällen, sondern auch, wenn die Bestimmungen der Art. 77 und 78 in Anwendung kommen, festzustellen, ob die Voraussetzungen für ein Zeugnisverweigerungsrecht gegeben sind.

Der Richter hat danach festzustellen, ob der Zeuge mit dem Beschuldigten in gerader Linie verwandt oder verschwägert, oder ob er ein Geschwister, Schwager oder Schwägerin, Ehegatte (auch geschiedener) des Beschuldigten oder ob er mit ihm verlobt sei. Wenn es sich um eine der in Art. 77 BStP genannten Berufspersonen handelt, hat der Richter festzustellen, ob es sich bei dem Gegenstand der Vernehmung um ein anvertrautes Berufsgeheimnis handelt, und in den Fällen des Art. 78 BStP muß er untersuchen, ob es sich um ein Amtsgeheimnis handelt und daher zuerst die Aussageermächtigung der vorgesetzten Behörde eingeholt werden muß.

3. Wenn einer dieser Umstände zutrifft, so hat der Richter den Zeugen zu belehren (abgesehen von den Fällen, wo es sich um Beamte handelt), daß ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, d. h. daß er nicht auszusagen braucht, wenn er nicht will. Diese Belehrung kann aber nicht etwa nur darin bestehen, daß der Richter den Zeugen fragt, ob er aussagen wolle [2]). Sondern er muß ihn darauf aufmerksam machen, daß das Gesetz ihm ein R e c h t gibt, nicht auszusagen. In welcher Form der Richter diese

---

[1]) Der BStP spricht nicht von „Belehrung", sondern von „aufmerksam machen". Selbstverständlich kann es der Richter aber nicht bei einem bloßen Hinweis bewenden lassen. Offenbar wollte der Gesetzgeber durch den Ausdruck „aufmerksam machen" vermeiden, daß der Richter etwa zur Ansicht kommt, er müsse dem Zeugen eine Vorlesung halten über die Ausnahmen von der Zeugnispflicht. — Näheres über die Belehrungspflicht in den folgenden Ziffern.

[2]) Glaser, S. 539.

Belehrung vornehmen soll, ist nicht vorgeschrieben. Das Reichsgericht stellte in einem Entscheide fest[3]), daß es nicht unzulässig sei, daß der Richter den Prozeßbeteiligten Vorhaltungen an den Zeugen zur Belehrung über Gegenstand und Bedeutung der Aussage gestatte. Auch Feisenberger ist dieser Ansicht[4]). U. E. können dieser Meinung zwei ausschlaggebende Einwendungen entgegengehalten werden. Erstens kann den Prozeßbeteiligten deshalb dieses Recht, an den Zeugen Vorhaltungen in diesem Sinne zu machen, nicht gewährt werden, weil es gar nicht anders möglich ist, als daß die Prozeßbeteiligten bei dieser Gelegenheit auch auf den Zeugen einwirken wollen, daß er aussage oder schweige. Und eine solche Einwirkung insbesondere noch vor den Schranken des Gerichts muß von vornherein als unzulässig betrachtet werden. Die zweite Einwendung ist die, daß der Richter, der diese Vorhaltungen den Parteien gewähren würde, sich damit seiner Autorität begeben würde. Die Prozeßbeteiligten würden ihm damit gleichsam einen Teil der Führung der Verhandlung aus den Händen nehmen. Es würde den Anschein erwecken, als ob der Richter selbst nicht fähig wäre, den Zeugen über den Gegenstand und die Bedeutung der Aussage zu belehren. Es sollte u. E. selbstverständlich sein, daß nur der Richter und kein anderer Prozeßbeteiligter im Stande ist, diese Belehrung in neutraler Weise vorzunehmen.

Das Zeugnisverweigerungsrecht ist als ein höchst persönliches zu betrachten. Es ist daher nicht angängig, den gesetzlichen Vertreter beizuziehen zur Belehrung eines unmündigen Zeugen, der urteilsfähig ist. Wenn die Urteilsfähigkeit fehlt, erhebt sich die Frage, ob der Zeuge einzuvernehmen sei, ob eine Aussage eines solchen urteilsunfähigen, zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen, insbesondere, wenn sie den Beschuldigten belastet, überhaupt vom Gericht verwertet werden darf. Denn müßte man nicht annehmen, daß der gleiche Zeuge, wenn er urteilsfähig wäre, und den Sinn seines Zeugnisverweigerungsrechtes begreifen würde, eben nicht aussagen würde? Es kann hier nicht eingewendet werden, ein Einvernahmeverbot eines solchen Zeugen sei überflüssig, da das Prinzip der freien Beweiswürdigung herrsche. Denn unsere Frage hat mit der Beweiswürdigung gar nichts zu tun. Was für einen Beweiswert die Aussage hätte, wenn sie überhaupt ver-

[3]) RGE vom 17. November 1913, I 699/**13.**
[4]) Feisenberger, N. 13 zu § 52.

wertet werden dürfte, ist wieder eine Frage für sich. — Unser Vorschlag geht dahin, daß der Richter in solchen Fällen auf das Zeugnis verzichtet [5]). Der Richter kann dies umso eher, als — nun vom Standpunkte des Beweiswertes aus — die Aussage eines solchen Zeugen auch nicht von großem Beweiswerte sein dürfte [6]).

4. Selbstverständlich ist, daß die Belehrung des Zeugen vor seiner Einvernahme zur Sache vorzunehmen ist. Es kann sich nur die Frage erheben, ob sie vor jeder Einvernahme zur Sache zu geschehen habe. Die deutsche StPO bejaht diese Frage ausdrücklich [7]). Der BStP läßt die Frage offen. U. E. ist sie deshalb folgendermaßen zu beantworten: Es wäre sinnlos, vor jeder Einvernahme eine richtige Belehrung durchzuführen. Jedoch wird es angezeigt sein, wenn der Richter vor jeder Einvernahme den Zeugen darauf hinweist, daß ihm das Zeugnisverweigerungsrecht immer noch zustehe. Sonst könnte es vorkommen, daß ein unverständiger Zeuge bei einer neuen Befragung, wo nicht mehr auf das Zeugnisverweigerungsrecht hingewiesen wird vom Richter, meint, er stehe nun unter Zeugniszwang. Der Zeuge soll aber über sein Zeugnisverweigerungsrecht nie im Zweifel sein.

Es ist nicht erforderlich, daß die Belehrung unmittelbar vor der Befragung zur Sache erfolge.

5. Ist die Belehrung nicht oder nur mangelhaft vorgenommen worden, so treten die Folgen gemäß Art. 83 BStP ein. Der Richter hat das Versäumte nachzuholen und dem Zeugen Gelegenheit zur Verweigerung oder Aenderung der Aussage zu geben. Ist ein solches Nachholen nicht mehr möglich, z. B. infolge des Todes des Zeugen, oder verweigert der Zeuge die Aussage oder ändert er die frühere ab, so ist diese als ungültig, als nicht geschehen zu behandeln. Hat eine der Parteien die Mangelhaftigkeit der Belehrung gerügt oder dem Richter vorgehalten, daß sie überhaupt nicht vorgenommen wurde, und stützte sich das Urteil auf die Aussage eines so vernommenen Zeugen, so kann dieser Prozeßbeteiligte die Nichtigkeitsbeschwerde gemäß Art. 220, Ziff. 3 BStP erheben.

6. Wie wir schon bemerkt haben, liegt dem Richter auch im Falle des Art. 77 BStP eine Belehrungspflicht ob. Denn man kann auch bei den Berufspersonen nicht verlangen, daß sie ihr Zeug-

---

[5]) Gleicher Ansicht: Geyer, in ZStW **2** 230. Anderer Ansicht: Glaser, S. 511.
[6]) Glaser, S. 516.
[7]) § 52, Abs. 2, deutsche StPO.

nisverweigerungsrecht kennen. Dies insbesondere in der Schweiz nicht wo die Straf- und Zivilprozeßordnungen von Kanton zu Kanton wechseln und in den einzelnen Kantonen erst noch unter sich in der Ausgestaltung des Zeugnisverweigerungsrechtes der Berufspersonen verschieden sind. Und wenn die zeugnisverweigerungsberechtigte Berufsperson noch unterrichtet wäre, wie es mit dem Zeugnisverweigerungsrecht in der Strafprozeßordnung ihres Kantons bestellt ist, so kann man nicht auch noch verlangen, daß sie den BStP kennt. Eine Belehrung muß also auch hier notgedrungen stattfinden.

Auch in der deutschen StPO, wo eine analoge Regelung der Belehrungspflicht herrscht, wie im BStP, ist die Frage aufgetaucht, ob die Belehrungspflicht nicht auszudehnen sei auch auf die andern Fälle, wo den Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Die Literatur spricht sich durchwegs nicht gegen eine solche Erweiterung der Belehrungspflicht aus. Puchelt [8]) bemerkt allerdings nur, daß eine Belehrung auch in den vom Gesetz nicht vorgeschriebenen Fällen nicht untersagt sei. Dagegen ist aber Geyer [9]) der Ansicht, eine solche Belehrung sei durch unabweisliche Analogie geboten. Löwe [10]) stellt fest, daß eine Belehrung in den andern Fällen nicht vorgeschrieben und somit nicht erforderlich sein könne. Daß der Zeuge sein Recht nicht zu erkennen vermöge, sei kein Revisionsgrund. Ob eine Belehrung stattgefunden habe, wirke sich jedoch im Falle des § 55 (Selbstschutz des Zeugen) insofern aus, als es einen Milderungsgrund bilde für den Zeugen, der in diesem Falle falsch aussage, wenn er nicht belehrt worden sei und deshalb sein Zeugnisverweigerungsrecht nicht gekannt habe. Glaser [11]) ist der Ansicht, daß es in manchen Fällen im Sinne des Gesetzes liege, eine Belehrung nicht zu unterlassen. Das Reichsgericht hat es für zulässig erklärt, auch die Zeugen, die in andern als den in § 52 StPO festgesetzten Fällen ein Zeugnisverweigerungsrecht genießen, durch bestimmte Vorbehalte, Hinweise und Aufklärungen auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht aufmerksam zu machen. Das Reichsgericht hat den Entscheid darüber, ob solche Hinweise zu machen seien oder nicht, in das Ermessen des Richters gestellt [12]).

---

[8]) Puchelt, N. 10 zu § 54.
[9]) Geyer, S. 519.
[10]) Löwe, N. 7 zu § 55.
[11]) Glaser, S. 540.
[12]) RGE **54** 39.

Gerade auch in den Fällen des Art. 79 BStP (Zeugnisverweigerungsrecht zum Schutze des Zeugen selbst und seiner Angehörigen) kann nicht verlangt werden, daß der Zeuge über sein Zeugnisverweigerungsrecht orientiert sei. Doch daß eine richtige Belehrung vorgängig der Vernehmung zur Sache hier vorgenommen werde, geht natürlich auch nicht an. Die Sache wird sich hier vielmehr so gestalten, daß der Richter, wenn er merkt, daß er eine Frage gestellt hat — wissentlich soll er sie ja nicht stellen — deren Beantwortung den Zeugen in die Lage versetzen würde, sich oder einen der in Art. 75 BStP aufgezählten Angehörigen strafrechtlicher Verfolgung oder einer schweren Benachteiligung der Ehre auszusetzen, so muß er den Zeugen darauf aufmerksam machen, daß ihm unter den soeben erwähnten Voraussetzungen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Der Richter wird etwa aus dem Benehmen des Zeugen merken, wann dieser Fall eintritt.

III. Ist der Zeuge glaubwürdig? [13])

1. Nach Art. 84, Abs. 1 hat der Richter die persönlichen Verhältnisse des Zeugen festzustellen, soweit diese für seine Glaubwürdigkeit von Bedeutung sein können, insbesondere auch seine Beziehungen zum Beschuldigten oder zum Geschädigten.

Da im Zusammenhang mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung die modernen Prozeßgesetze niemanden mehr für unfähig erklären, Zeugnis abzulegen, der Richter also nicht mehr nach einer bestimmten gesetzlichen Beweistheorie den Beweiswert der Aussagen der verschiedenen Zeugen quasi nach mathematischen Formeln bestimmen kann, so tritt an den Richter nunmehr die schwere Aufgabe heran, den Beweiswert der Aussage eines Zeugen frei zu bestimmen nach eingehender Prüfung aller möglichen Verhältnisse und Beziehungen des Zeugen zum Beschuldigten, zum Geschädigten und Verletzten und seiner sonstigen Beziehungen zur Strafsache.

2. Die Anhaltspunkte, die dem Richter zur richtigen Bewertung der Zeugenaussagen dienen, sind verschiedener Natur. Sie können in der Persönlichkeit des Zeugen, in seinen Beziehungen zur Strafsache, in der Art der Aussage, und in der Vergleichung derselben mit den Ergebnissen anderer Erkenntnisquellen liegen [14]).

---

[13]) Vgl. über den Beweiswert der Zeugenaussage hauptsächlich: Plaut, Der Zeuge und seine Aussage im Strafprozeß.

[14]) Glaser, Beiträge, S. 230.

Von diesen Anhaltspunkten interessieren uns besonders die ersten zwei. Dies auch schon deshalb, weil sie der Gesetzgeber ausdrücklich erwähnt und ihre Untersuchung dem Richter vorschreibt. Der Anhaltspunkt der Beschaffenheit der Aussage liegt allzusehr auf psychologischem Gebiete, als daß wir uns im Rahmen des uns gestellten Themas mit ihm befassen könnten. Ebenfalls liegt der letzte Anhaltspunkt außerhalb unseres Themas. Wir kehren deshalb zu den ersten zwei Anhaltspunkten zurück.

a) Die persönlichen Verhältnisse des Zeugen üben ohne Zweifel einen großen Einfluß auf seine Glaubwürdigkeit aus. Schon das Lebensalter wird einen wichtigen Anhaltspunkt für den Beweiswert der Aussage bilden. Nach dem Prinzip der freien Beweiswürdigung können auch Kinder zur Zeugenaussage angehalten werden; das Alter wird hier eine bedeutende Rolle spielen bei der Würdigung der Aussage. Schon Kitka [15]) tritt für die Vernehmung von Kindern ein im Zeitalter, wo noch die gesetzliche Beweistheorie ihr Regiment ausübte. Allerdings konnte unter dieser, die Beweislehre vollständig beherrschenden Regelung die Aussage eines Kindes natürlich nur eine ganz untergeordnete Rolle spielen: „Auf Grund der diesfälligen Aussagen kann man zwar weder die Tat für erwiesen ansehen, noch den Beschuldigten der Tat für rechtlich beanzeigt halten; allein diese Aussagen können in vielen Fällen Veranlassung geben, der Tat und dem Täter nachzuforschen, und sowohl jene als diese außer Zweifel zu stellen“ [16]).

Auch der Unterschied in der Beweiskraft der Aussagen von Zeugen männlichen und solchen weiblichen Geschlechts wurde gemacht. Da dieser Unterschied aber meist auf die Besonderheit des Beweisthemas zurückzuführen war, und in manchen Fällen die weiblichen Zeugen auch richtiger aussagen als die männlichen, so wurde diese Unterscheidung als eine solche genereller Natur endgültig fallen gelassen.

Eine Beeinträchtigung der Beweiskraft können endlich geistige Mängel bewirken. Wir denken da hauptsächlich an Schwächungen des Erinnerungsvermögens. Der Richter wird sich in solchen Fällen durch Gedächtnisproben ein Bild machen müssen von der Leistungsfähigkeit des Gedächtnisses einer solchen Person. Es kann sich weiter auch um eigentliche Verstandesschwäche han-

[15]) Kitka, S. 99 ff.
[16]) Kitka, S. 100/101.

deln, die eine Schwächung des Wahrnehmungsvermögens zur Folge haben kann. Auch in solchen Fällen wird der Richter den Stand der Schwäche durch geeignete Fragen untersuchen müssen. Stark beeinträchtigt wird natürlich die Beweiskraft einer Aussage eines Zeugen, der an eigentlicher Geistesstörung leidet. Es wird da hauptsächlich auf die Natur der Fragen ankommen, die einem solchen Zeugen gestellt werden, ob seine Aussagen nach dem Stand seiner Krankheit überhaupt irgendwelchen Beweiswert aufweisen oder nicht.

Die Schwächung des Wahrnehmungsvermögens kann aber nicht nur von allgemeiner Verstandesschwäche herrühren, sondern auch von Mängeln der Sinnesorgane. Man denke dabei an Blinde, Taube, oder auch nur an schwachsichtige Personen, denen es versagt ist, eine gewisse Kategorie von Wahrnehmungen überhaupt zu machen.

Ein weiterer Anhaltspunkt bildet die „Würdigkeit und sittliche Verläßlichkeit“ [17]) eines Zeugen. In dieser Hinsicht wurden im ältern Recht sehr hohe Anforderungen gestellt. Mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung fielen jedoch auch diese Beweisverbote dahin. Wir finden in den heutigen Strafprozeßordnungen nur noch Verbote der Beeidigung solcher Personen [18]).

In diesem Zusammenhange erhebt sich die Frage, ob der Zeuge zur Feststellung seiner Verläßlichkeit nach Vorstrafen gefragt werden darf. Schon nach Art. 79 BStP dürfte der Zeuge die Antwort auf eine solche Frage verweigern, da sie offenbar eine schwere Benachteiligung der Ehre nach sich ziehen würde, insbesondere dann, wenn diese Strafe schon lange verbüßt worden ist und nun durch diese Frage wieder erneut an die Oeffentlichkeit gezogen würde.

Art. 84, Abs. 3 BStP bestimmt folgendermaßen:

„Nach Vorstrafen darf nicht gefragt werden. Wird eine bestimmte, ungelöschte Vorstrafe behauptet, so kann der Richter den Zeugen darüber befragen, wenn er es zur Beurteilung seiner Glaubwürdigkeit für unerläßlich hält“.

Eine Regelung dieser Art, wie sie nun der BStP aufweist, wurde in der Literatur schon seit einiger Zeit verlangt. Delaquis in seinem Aufsatz über „Rehabilitation, richterliches Fragerecht und Aussagepflicht betreffend Vorstrafen nach dem neuen schwei-

---

[17]) Glaser, Beiträge, S. 239.
[18]) Vgl. § 11, VI hiernach.

zerischen Strafgesetzentwurf“ [19]) stellt fest, daß es nicht genüge, um den Zeugen vor einer Benachteiligung in seiner Ehre zu schützen, wenn man nur ein Zeugnisverweigerungsrecht statuiere, wonach der Zeuge die Aussage verweigern kann, wenn sie eine schwere Benachteiligung der Ehre dieses Zeugen nach sich ziehen würde. Denn die Weigerung des Zeugen, auf eine entsprechende Frage zu antworten, genüge oft schon, um seine Ehre verletzt erscheinen zu lassen [20]). Da diese Regelung nicht genüge, so habe auch der neue Vorentwurf einer Strafprozeßgesetzgebung für den Kanton Bern (vom 11. Oktober 1911) neben einer Bestimmung über das Zeugnisverweigerungsrecht auch eine entsprechende solche über das Fragerecht aufgenommen.

Die Regelung, wie sie der BStP trifft, trägt auch dem Institut der Rehabilitation Rechnung. Durch das Frageverbot, wie es nun dem Richter auferlegt ist, wonach er überhaupt nicht fragen darf, wenn nicht eine ungelöschte Vorstrafe behauptet wird, ist dieser Zeuge in dieser Hinsicht vollkommen geschützt. Denn wenn nun eine Prozeßpartei eine ungelöschte Vorstrafe behauptet, so kann der Richter, wenn er es schon als unerläßlich betrachtet, die Frage zu stellen, dieselbe so formulieren, daß der Zeuge die Antwort nicht zu verweigern braucht und doch mit derselben nicht darzutun braucht, daß tatsächlich eine gelöschte Vorstrafe bestehe. Dieser Ordnung entspricht auch die Bestimmung über die Strafregisterämter, wonach eine gelöschte Vorstrafe nur Untersuchungsämtern und Strafgerichten mitgeteilt werden darf, wenn die Person, über die Auskunft verlangt wird, in dem Strafverfahren Beschuldigter ist [21]).

Diese Regelung des BStP über die Befragung betreffend Vorstrafen ist in ihrer Art einzigdastehend und wird sich sicher in der Praxis bewähren.

Auch in der deutschen StPO wurde nun das Fragerecht des Richters beschränkt, jedoch nicht in so durchgreifender Art, wie dies im BStP geschehen ist:

„Der Zeuge soll nach Vorstrafen nur gefragt werden, wenn ihre Feststellung notwendig ist, um über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 60, Nr. 2, 3, zu entscheiden oder um seine Glaubwürdigkeit zu beurteilen“ [22]).

[19]) Delaquis, in ZStR, **30** 59, 73 ff.
[20]) Vgl. hierüber unsere Ausführungen in § 5 hiervor.
[21]) Art. 337, Abs. 2 BStP.
[22]) Art. II, § 68a, Abs. 2 des Eideinschränkungsgesetzes vom 24. November 1933.

Die amtliche Begründung zu dieser Neuerung in der deutschen StPO lautet[23]:

„§ 68a bringt . . . die Vorschrift, daß der Zeuge nach Vorstrafen nur gefragt werden soll, wenn dies wirklich notwendig ist. Auf diese Weise soll dem Uebelstand vorgebeugt werden, daß der Zeuge, der in Erfüllung einer staatsbürgerlichen (?) Pflicht vor Gericht erscheint, dort durch die nicht zur Sache gehörenden Erörterungen seiner Vorstrafen vor der Oeffentlichkeit unnötig bloßgestellt und so zur Verletzung der Wahrheitspflicht verleitet wird".

b) Den andern Anhaltspunkt, der dem Richter zur Beurteilung eines Zeugen gegeben ist und den wir noch betrachten wollen, bilden die Beziehungen des letzten zu der betreffenden Strafsache. In diesem Begriff sollen eingeschlossen sein die Beziehungen des Zeugen zum Beschuldigten und zum Geschädigten oder Verletzten.

In erster Linie wäre einmal der Fall zu betrachten, wo der Zeuge selbst der Geschädigte oder Verletzte ist[24]. Die Gefahr der Uebertreibung inbezug auf die Höhe des zugefügten Schadens und des Verschuldens des Beschuldigten ist hier natürlich offensichtlich.

In den andern Fällen, wo nur nahe Beziehungen zum Geschädigten oder Verletzten bestehen, ist die oben beschriebene Gefahr natürlich kleiner, kann aber doch in einem gewissen Umfange bestehen. Der Richter wird gut tun, darauf zu achten.

Eine weitere Frage ist die der Glaubwürdigkeit des Anzeigers, der aber nicht zugleich Geschädigter oder Verletzter ist. Es kann hier gesagt werden, daß sich im allgemeinen eine Person, die im Interesse der Allgemeinheit eine Anzeige erstattet, dadurch nicht verdächtig macht. Sobald sich natürlich zeigt, daß gewisse Verfeindungen schon vor der Anzeige bestanden zwischen Anzeiger und Beschuldigtem, so wird die Beweiskraft der Aussage des Anzeigers erheblich vermindert[25] [26].

---

[23] Nach Löwe, N. 4 zu § 68a Eideinschränkungsgesetz.

[24] Was hier gesagt wird, bezieht sich nur auf den Geschädigten oder Verletzten, der keine privatrechtlichen Ansprüche gemäß Art. 210 BStP stellt. Denn sobald dieser Fall eintritt, verliert der betreffende Zeuge seine Zeugnisqualität und wird Partei. Vgl. unsere Ausführungen in § 1, Ziff. II, 2, hiervor.

[25] Vgl. hier zwei bernische Urteile: Entscheid der Polizeikammer vom 30. März 1908 in ZBJV **44** 693 und Entscheid der ersten Strafkammer vom 23. April 1910 in ZBJV **47** 180.

[26] Was die Bewertung der Aussagen der Angehörigen betrifft, so verweisen wir auf die Ausführungen in § 4, Ziff. I, 4 hiervor.

Was hier über die Glaubwürdigkeit der Zeugen gesagt worden ist, ist nur als ein Hinweis zu betrachten auf die Probleme, die sich für den Richter hier ergeben.

§ 9. Die Ermahnung zur Wahrheit.

I. Allgemeines.

1. Es wird allgemein bedauert, daß der Zeuge, der wohl das wichtigste, weil in den meisten Fällen auch das einzige, Beweismittel darstellt, zugleich auch das unzuverlässigste von allen ist[1]). Das geht einerseits aus der Unvollkommenheit des menschlichen Auffassungs- und Erinnerungsvermögens hervor, andererseits aber auch aus der Absicht des Zeugen, bewußt falsche Mitteilungen zu machen, um dem Beschuldigten zu nützen oder zu schaden, oder um sich selbst oder seine Angehörigen in ein besseres Licht zu stellen, sei es auf Kosten des Beschuldigten oder anderer Personen.

Durch die Ermahnung des Zeugen zur Wahrheit soll vermieden werden, daß dieser in leichtfertiger Weise unwahre Aussagen macht oder über Vorgänge, deren er sich nicht mehr recht erinnert, mit Ergänzungen aus seiner Phantasie in bestimmter Weise berichtet, wie wenn ihm die Sache noch sehr gegenwärtig wäre. Nur dies und nichts anderes kann durch die Ermahnung zur Wahrheit erreicht werden: Daß die Zeugen nicht leichtfertig solche unrichtige Darstellungen von Vorgängen geben. Sie sollen durch die Ermahnung belehrt werden über die Bedeutung des Zeugnisses im allgemeinen für die Rechtspflege und für die allgemeine Sicherheit. Dieser Ermahnung zur Wahrheit wird noch mehr Nachdruck verliehen durch den Hinweis auf die Straffolgen, die eine falsche Aussage nach sich zieht. Den gleichen Zweck der stärkeren Beeindruckung verfolgt der Richter damit, daß er den Zeugen darauf aufmerksam macht, daß er angehalten werden kann, seine Aussage nachher zu beeidigen oder durch Handgelübde zu bekräftigen.

2. Kitka[2]) verlangt vom Richter, daß er den Zeugen daran erinnert, daß er, was er aussage, wohl überdenke, und nur die reine Wahrheit angebe, und folglich weder unbegründeten Verdacht errege, oder die Beschuldigung vergrößere, noch von den

---

[1]) Boehringer, S. 201.
[2]) Kitka, S. 104/105.

ihm bekannten Umständen etwas verschweige. Den Inhalt dieser Vorschrift müsse der Richter zwar bei der Erinnerung des Zeugen zur Aussage der Wahrheit immer befolgen, dürfe aber nicht glauben, daß die Formel, in welche er diese Erinnerung einkleide, immer eine und dieselbe sein müsse. „Es ist vielmehr seiner Klugheit überlassen", fährt Kitka fort, „die Erinnerung einer dem Stande, Charakter, der Denkart und Bildung des Zeugen angemessenen Formel anzupassen. Selbst während der Vernehmung muß der Inquirent da, wo er an dem Zeugen eine Zurückhaltung mit der Angabe der Wahrheit bemerkt, die Erinnerung zu dieser Angabe wiederholen, und daß es geschehen sei, im Protokoll anmerken. In einem solchen Falle ist die einem Zeugen gemachte Vorstellung, daß dem Staate und dem einzelnen Bürger daran gelegen ist, die Wahrheit zu erfahren, und daß die allenfällige Absicht des Zeugen, durch seine Aussage dem Beschuldigten oder sonst jemandem schaden zu können, ganz unrichtig, und die hieraus sich ergebenden Folgen der Gerechtigkeitspflege und der hierauf beruhenden allgemeinen Sicherheit sehr nachteilig sind, sehr zweckmäßig, indem die Erfahrung lehret, daß die Zeugen oft, von jener unrichtigen Ansicht ausgehend, mit Angabe der Wahrheit zurückhalten".

U. E. haben diese Sätze Kitka's heute noch Geltung. Hauptsächlich ist von Wichtigkeit seine Feststellung, daß die Ermahnung des Zeugen durch den Richter nicht formelmäßig, sondern „dem Stande, Charakter, der Denkart und Bildung" des Zeugen angemessen sein solle. Denn eine formelmäßige Ermahnung würde im besten Falle eine Einschüchterung des Zeugen zur Folge haben, die sich als Furcht vor dem gesamten Justizapparat ja immerhin in manchen Fällen günstig inbezug auf eine wahrheitsgetreue Aussage auswirken kann, sicher aber eine ungünstige Wirkung auf die Vollständigkeit der Aussage hätte. Doch in den meisten Fällen hätte eine solche Formel überhaupt keine Wirkung. Ihr Sinn würde von Zeugen mit einer etwas schwerfälligen Auffassungsgabe vielleicht gar nicht erfaßt. Oder dann würde sich der Zeuge dieser Ermahnung gar nicht achten, indem er denken würde, der Richter erledige da doch nur eine „Formsache".

Bauhofer [3]) tritt für eine ausführliche und feierliche Ermahnung des Zeugen ein. In feierlicher Weise will er sie hauptsäch-

---

[3]) Bauhofer, in SJZ **20** 130.

lich dort durchgeführt wissen, wo das Gesetz keine Beeidigung vorsieht. Er schreibt:

„Die ... Ermahnung zur Wahrheit ist etwas nüchternes; die Persönlichkeit des Richters muß ihr diejenige Form und Gehalt geben, die geeignet sind, die Feierlichkeit und Eindringlichkeit des Eides zu ersetzen. Hierin geschieht m. E. im allgemeinen viel zu wenig. ... Auf das Zustandekommen der Zeugenaussage ist (auch abgesehen von der Kunst der richtigen Fragestellung) die Persönlichkeit des Richters von ausschlaggebendem Einfluß". Bauhofer zitiert dann Heusler[4]): „Ein Richter, vor dem man Respekt hat, und der mit autoritativem Ernst die Ermahnung zur Wahrheit zu geben vermag, wird auf einen Zeugen mehr Eindruck machen, als ein Richter, der wie eine Maschine die Eidesabnahme in aller Geschwindigkeit abtut, und den Zeugen gar nicht zum Bewußtsein kommen läßt über den Ernst der Sache".

Bis hieher sind wir mit Bauhofer und selbstverständlich mit Heusler ebenfalls vollständig einverstanden. Im folgenden führt Bauhofer aus, wie er sich eine wirksame Ermahnung des Zeugen zur Wahrheit vorstellt. Man kann sich fragen, ob er da nicht zu weit geht; jedoch hören wir ihn:

„Eine Ermahnung zur Wahrheit, die ihren Zweck erreichen soll, stelle ich mir vor in Form einer kurzen Ansprache, die die Zeugen auf die Bedeutung ihrer Aussage für die Findung eines gerechten Urteils aufmerksam macht. (Man könnte daran denken, die Zeugen durch einen passenden Anschlag im Wartezimmer auf ihre Aufgabe vorzubereiten). Es wäre den Zeugen zu sagen, daß sie berufen sind, durch ihre Aussage in vielleicht ausschlaggebender Weise an der Rechtsfindung des Gerichts mitzuarbeiten, daß es von der Gewissenhaftigkeit ihrer Aussage abhängen kann, daß die Recht habende Partei auch Recht erhält und daß umgekehrt eine unrichtige Aussage dazu führen kann, daß die im Recht befindliche Partei im Urteil Unrecht bekommt; daß sich die Zeugen durch keine persönlichen Rücksichten und keine Liebedienerei oder Aengstlichkeit abhalten lassen sollen, ihrer Aufgabe, an der Verwirklichung des Rechts mitzuhelfen, untreu zu werden. Vor oder nachher wäre der Hinweis auf die Straffolgen des falschen Zeugnisses anzubringen, das Hauptgewicht wäre aber auf die

---

[4]) Heusler, Der Zivilprozeß in der Schweiz, S. 120.

dringliche Anrufung des Ehrgefühls der Zeugen und die Aufklärung über die Wichtigkeit ihrer Aufgabe zu legen".

Bauhofer kann theoretisch mit der Ansicht von der Form einer solchen Ermahnung recht haben. Praktisch würde aber eine solche „kurze Ansprache" wohl immer zu lang. Und dann bekämen die Zeugen durch eine Ansprache in der dargelegten Form und mit diesem Inhalt eine allzugroße Meinung von ihrer Wichtigkeit. Die Zeugen könnten beinahe zur Ansicht kommen, es handle sich um eine große Gefälligkeit ihrerseits, daß sie überhaupt nur aussagten. Auf Zeugen, die den Vorsatz gefaßt haben, zu Gunsten oder zu Lasten des Beschuldigten falsch auszusagen, macht eine solch gütliche und wohlwollende Behandlung sicher keinen Eindruck; im Gegenteil, es wird ihnen noch gelehrt, welchen Einfluß sie mit ihrer Aussage auf das Schicksal des Beschuldigten ausüben können. U. E. muß entgegen der Ansicht Bauhofers das Hauptgewicht auf die Straffolgen der falschen und hauptsächlich auch der unvollständigen Aussage gelegt werden. Und diese Ermahnung sollte, wie Heusler sagt, mit autoritativem Ernst, und wir möchten beinahe sagen, mit militärischer Kürze und Strenge gehalten werden, damit der Zeuge sieht, daß es jetzt darauf ankommt. Selbstverständlich soll die Ermahnung, worauf Bauhofer auch nicht hinweist, nach Charakter und Bildungsgrad des Zeugen abgestuft sein [5]).

Nach dem BStP Art. 82 soll der Richter den Zeugen an seine Pflicht erinnern, die Wahrheit zu sagen und nichts zu verschweigen. Er hat ihn auf die Folgen der Zeugnisverweigerung und der falschen Aussage aufmerksam zu machen, und darauf, daß er eventuell seine Aussage durch Eid oder durch Handgelübde zu bekräftigen hat.

II. Prozessuale Bedeutung.

1. Der BStP regelt die Folgen der Nichtbeachtung der Vorschriften über die Ermahnung des Zeugen zur Wahrheit durch den Richter anders als z. B. die deutsche StPO. Die letztere erachtet die Bestimmungen über die Ermahnung zur Wahrheit nur als Ordnungsvorschrift [6]). Die Unterlassung der Ermahnung hat

---

[5]) Vgl. auch über den Zweck der Ermahnung zur Wahrheit die Entscheidungsgründe der bernischen Chambre de Police im Entscheid vom 16. Februar 1907 in ZBJV **43** 625.

[6]) Vgl. Löwe, N. 3 zu § 60, N. 1 zu Art. I, § 57 Eideinschränkungsgesetz. Weiter RGSt **40** 158.

daher im deutschen Prozeß keine weitern Folgen. Sie entzieht weder der nachher oder vorher erfolgten Eidesleistung die rechtliche Wirksamkeit, noch kann mit dieser Unterlassung eine Anfechtbarkeit des Urteils begründet werden [7]).

Im BStP ist die Bedeutung der Ermahnung zur Wahrheit klar zum Ausdruck gebracht. Eine Verletzung der Vorschriften des Art. 82 BStP, wo die Bestimmungen betreffend die Ermahnung enthalten sind, hat die Ungültigkeit der Aussage des Zeugen zur Folge, es sei denn, der Richter hole das Versäumte nach und der Zeuge bleibe daraufhin bei seiner Aussage.

2. Wurde ein Versäumnis in der Ermahnung des Zeugen zur Wahrheit und zur Vollständigkeit nicht bemerkt, und stützt sich das Urteil auf eine solche Aussage, so unterliegt es ohne Zweifel der Nichtigkeitsbeschwerde, wenn dadurch jemand zu Nachteil gekommen ist. Denn dies würde eine offenbare Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darstellen [8]). Denn ein Urteil kann sich schon rein deshalb nicht auf eine solche Aussage stützen, weil sie nach Art. 83 BStP ungültig ist.

Der BStP schafft also in dieser Beziehung vollständig klare Situationen, sodaß wir über die prozeßuale Bedeutung der Ermahnung zur Wahrheit keine weiteren Worte mehr zu verlieren haben.

III. Die falsche Aussage.

1. Die Rechtsordnung muß sich schützen gegen Mitglieder der Gesellschaft, die sich ihr nicht unterziehen. Sie tut das durch Strafbestimmungen, die auf diejenigen Anwendung finden, die die Rechtsordnung brechen. Mehr aber noch muß sie sich schützen gegen solche Mitglieder der Gesellschaft, die sie in der Ausübung der Sanktionen gegen diese Rechtsbrecher zu behindern und zu schädigen suchen. Denn wenn der Zwangsapparat der Justiz gestört wird, so wird die Erzwingbarkeit der Einhaltung der Rechtsordnung illusorisch. In dieser Erkenntnis hat der Strafgesetzgeber Bestimmungen aufgestellt wegen Personen, die die Justiz in ihren Funktionen zu stören suchen. Unter diese Bestimmungen gehören sowohl die Maßnahmen, die der Gesetzgeber vorschreibt gegen Zeugen, die der Erscheinungspflicht nicht genügen, die ungerechtfertigterweise die Aussage verweigern, als

[7]) RGSt **6** 267.
[8]) Nichtigkeitsgrund nach Art. 220, Ziff. 3 BStP.

auch diejenigen gegen solche Zeugen, die falsch aussagen. Jene hat der Gesetzgeber im Bundesstrafprozeß selbst geordnet, diese aber hat er ihrer besonderen Wichtigkeit wegen unter die Bestimmungen des materiellen Strafrechts eingereiht. Denn die falsche Aussage ist viel gefährlicher für die Rechtspflege, als z. B. eine bloße Verweigerung des Zeugnisses.

2. Gleich wie im BStP sind in der MilStGO und auch z. B. im bernischen StV. die Maßnahmen gegen pflichtvergessene Zeugen so geordnet, daß nur die Strafbestimmungen gegen Zeugen, die falsch aussagen, dem materiellen Strafrecht unterstellt sind. Anders ist es jedoch z. B. im zürcherischen Strafprozeß. Dort werden auch die Strafen gegen Zeugen, die das Zeugnis widerrechtlich verweigern, im materiellen Strafrecht geordnet [9]).

3. Art. 62 BStR, in dem die Strafen gegen Zeugen, die falsch aussagen, bestimmt sind, lautet folgendermaßen:

„Wer vor einer Bundesbehörde ein falsches Zeugnis ablegt, insbesondere wer einem Unschuldigen, mit dem Bewußtsein der Unwahrheit der Aussage, ein Verbrechen zur Last legt, verwirkt Gefängnisstrafe und eine Geldbuße.

„Wenn jedoch ein Angeschuldigter, infolge solcher wissentlich unwahrer Aussagen, mit Zuchthaus oder Todesstrafe belegt worden ist, so soll den Urheber dieser Aussagen Zuchthausstrafe treffen. Im letzteren Falle kann, wenn das falsche Zeugnis die Herbeiführung der Todesstrafe bezweckte, gegen den falschen Zeugen lebenslängliches Zuchthaus angewendet werden".

Absatz 1 dieses Artikels ließe, für sich allein dastehend, die Vermutung aufkommen, daß auch das fahrlässige falsche Zeugnis vor einer Bundesbehörde strafbar sei. Dies durch die Wendung: „Wer vor einer Bundesbehörde ein falsches Zeugnis ablegt, insbesondere, wer einem Unschuldigen, mit dem Bewußtsein der Unwahrheit seiner Aussage ..." Denn da im zweiten Nebensatz dieses Absatzes der dort beschriebene Tatbestand durch das Wort „insbesondere" als Spezialtatbestand gekennzeichnet ist, und dort von dem „Bewußtsein der Unwahrheit der Aussage" die Rede ist, so könnte man meinen, der allgemeine Tatbestand bestehe im Gegensatz dazu in einer falschen Aussage ohne dieses Bewußtsein. Dem ist aber nicht so. Denn die Besonderheit dieses Tatbestandes im zweiten Nebensatz besteht nicht in dem Bewußtsein der Unwahrheit

---

[9]) § 154 zürch. StPO, § 80 zürch. StGB.

der Aussage, sondern darin, daß dort der Zeuge einem Unschuldigen ein Verbrechen zu Last legt, während sich der allgemeine Tatbestand im ersten Nebensatz auf falsche Aussagen ganz allgemein bezieht. Der Hinweis auf das Bewußtsein der Unwahrheit im zweiten Nebensatz ist deshalb irreführend, und insbesondere deshalb auch unglücklich, da Art. 11 BStR ausdrücklich bestimmt, daß die in dem besonderen Teile des BStR bezeichneten Strafen nur da Anwendung finden, wo die strafbaren Handlungen oder Unterlassungen mit rechtswidrigem Vorsatz verübt worden sind, wenn nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt ist. Da selbstverständlich in unserem Falle das Bewußtsein der Unwahrheit zum Vorsatzbegriff gehört, so hätte dieser Hinweis im zweiten Nebensatz weggelassen werden können.

Ergebnis unserer Untersuchung ist deshalb, daß fahrlässig falsche Aussage nicht strafbar ist. Dies gilt auch nach den Bestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches [10]).

Das Bundesstrafrecht macht keinen Unterschied in der Bestrafung der falschen Aussage, ob sie unter Eid erfolgte oder nicht. Eid und Handgelübde charakterisieren sich daher als rein psychologische Zwangsmittel im BStP [11]). Eine andere Regelung treffen wir im deutschen Strafrecht: Die beeidigte falsche Aussage wird schwerer bestraft als die unbeeidigte.

Das Schweizerische Strafgesetzbuch nimmt mit seinen Bestimmungen über die falsche Zeugenaussage Rücksicht auf die Verschiedenheit der Strafprozeßgesetze in den Kantonen. Wir können hier von einem „Zweistufensystem" sprechen im Gegensatz zum „Dreistufensystem" des deutschen Entwurfes eines Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch von 1929 [12]), der die Bestrafung der falschen Aussage folgendermaßen regeln wollte: Die unbeeidigte, unbekräftigte falsche Aussage sollte straffrei sein. Die bürgerlich (durch Handgelübde) bekräftigte falsche Aussage sollte strafbar sein, aber niedriger als die ebenfalls und strenger zu bestrafende beeidigte Aussage. Das „Zweistufensystem" des Schweizerischen Strafgesetzbuches sieht auch Bestrafung der unbekräftigten, unbeeidigten Aussage vor, jedoch mit weniger hohen Strafansätzen

---

[10]) Vgl. Art. 16, Abs. 1 in Verbindung mit Art. 271 des Entwurfes zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch.

[11]) Vgl. hiezu § 11, Ziff. I hiernach. Andere Regelung nach Art. 271 des Entwurfes zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch.

[12]) Vgl. Boehringer, S. 63.

als bei der durch Eid oder Handgelübde bekräftigten Aussage. Das Schweizerische StGB unterscheidet aber dann nicht weiter, ob die Aussage durch Eid oder Handgelübde bekräftigt wurde; es stellt also beide auf die gleiche Stufe.

Das StGB sieht weiter eine mildere Bestrafung vor, wenn sich die falsche Aussage auf Tatsachen bezieht, die für die richterliche Entscheidung unerheblich sind.

4. Dem Zeugen muß schon aus Gründen der Wahrheitsforschung das Recht eingeräumt werden, seine Aussagen im Laufe der Einvernahme zu berichtigen. Im allgemeinen wird daher ein Zeuge, der seine Aussage in einem noch nützlichen Zeitpunkte berichtigt, nicht mit Strafe belegt werden. Anders natürlich, wenn das Gericht den ausgesprochenen Eindruck hat, daß der Zeuge vorsätzlich ein falsches Zeugnis abgelegt hat, nun aber in einem bestimmten Zeitpunkt des Verfahrens erkannt hat, daß seine Aussage unhaltbar ist[13]). Denn Voraussetzung der Straflosigkeit muß bleiben, daß der Zeuge gleichsam aus eigenem Antrieb, nicht durch Vorhalt anderen widersprechenden Beweismaterials seine falsche Aussage berichtigt.

Es erhebt sich nun die Frage, bis zu welchem Zeitpunkte eine solche falsche Aussage widerrufen werden könne, ohne daß die Straffolgen des falschen Zeugnisses eintreten. Die Doktrin ist sich nicht einig über diesen Punkt. Glaser[14]) ist der Meinung, daß die Vollendung des Deliktes der falschen Aussage mit dem Ende der Aussage zusammenfalle, d. h. mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung der abnehmenden Behörde, daß die Abnahme abgeschlossen sei. Dabei geht Glaser davon aus, daß dieser Widerruf als Rücktritt vom Versuch zu betrachten sei. Da die Aussage eines Zeugen in einem Prozeß jedoch als Ganzes zu betrachten sei, so würde nach Glaser, wenn das Gericht eine schon geschlossene Vernehmung wieder eröffnet, der frühere Zustand des Versuchs wieder aufleben und damit dem Zeugen auch wieder Gelegenheit gegeben, von demselben zurückzutreten. U. E. wäre es daher einfacher, wenn man das Delikt der falschen Zeugenaussage erst dann als vollendet betrachten würde, wenn der Zeuge in dem gleichen Prozesse nicht mehr die Möglichkeit hat, seine früheren Aussagen zu widerrufen. Dieser Augenblick muß mit der

---

13) Vgl. hierüber Steiner, Die Straflosigkeit des widerrufenen falschen Zeugnisses, in ZStR **42** 208.

14) Vgl. Glaser, Beiträge, und die dort angeführten Vertreter anderer Theorien.

Entlassung des Zeugen aus der Hauptverhandlung als eingetreten betrachtet werden.

Eine solche Ausdehnung des Versuchsbegriffes befriedigt in der Theorie nicht, wenn sie auch den Anforderungen der Praxis genügt. Diese in der Theorie unbefriedigende Lösung entspringt dem Umstande, daß man sich nicht klar ist, ob man hier nur das Delikt der falschen Aussage oder eigentlich dasjenige der Täuschung des Richters mit Strafe bedroht. Nach der Versuchstheorie von Glaser handelt es sich eigentlich nicht um das Delikt der falschen Aussage, sondern um dasjenige der Täuschung des Richters. Denn das reine Delikt der falschen Aussage müßte unbedingt als vollendet betrachtet werden mit der Aussage selbst, und ein Rücktritt vom Versuch wäre da nicht mehr möglich.

Wir kommen deshalb zu einer andern Theorie von der Vollendung des Deliktes der falschen Aussage: Mit jedem artikulierten Satz des Zeugen, dessen Inhalt nicht der Wahrheit entspricht, ist das Delikt der falschen Aussage vollendet. Es entsteht dadurch mit dem Verlauf der Aussage, wenn sie in ihrem ganzen Inhalte falsch ist, ein fortgesetztes Delikt. Wenn der Zeuge im Verlaufe der Einvernahme seine frühere falsche Aussage widerruft, so tritt er dadurch nicht vom Versuch zurück, wie nach der Theorie Glasers, sondern er gesteht ein, das Delikt der falschen Aussage begangen zu haben. Dadurch, daß dieses Geständnis innert einer für das Verfahren nützlichen Frist und gleichermaßen aus eigenem Antrieb gemacht wurde, wird der falsche Zeuge nicht weiter mit Strafe bedroht. Dieser Widerruf bildet also einen Strafaufhebungsgrund und nicht einen Rücktritt vom Versuch.

In diesem Sinne regelt auch Art. 272 des Schweizerischen Strafgesetzbuches die Berichtigung der falschen Aussage[15]).

---

[15]) Art. 272 des Schweizerischen Strafgesetzbuches: „Berichtigt der Täter seine falsche Anschuldigung, seine falsche Anzeige oder Aussage aus freiem Antrieb und bevor durch sie ein Rechtsnachteil für einen andern entstanden ist, so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern (Art. 63) oder von einer Bestrafung Umgang nehmen."

§ 10. Die Befragung zur Sache.

I. Präsidialverhör.

1. Vor Inkrafttreten des geltenden BStP fand im Assisenverfahren noch das sogenannte englische Kreuzverhör Anwendung bei der Vernehmung der Zeugen und Sachverständigen. Im geltenden BStP ist diese Art der Vernehmung vollständig verschwunden.

Schon bei den Beratungen des BStP und der MilStGO von 1851 war der Streit der Meinungen groß, ob dieses Kreuzverhör nach englischem Muster oder das französische System des Präsidialverhörs in die beiden Gesetze aufgenommen werden sollte. Damals entschied man sich für das Kreuzverhör.

Der eifrigste Verfechter dieses letztern Systems war wohl Rüttimann. Folgende Sätze mögen einen Begriff seiner Ueberzeugung geben[1]): „Die Aufgabe, welche das französische Gesetz dem Assisenpräsidenten stellt, übersteigt die Kräfte der meisten Menschen. Er ist mit einer diskretionären Gewalt ausgerüstet, vermöge welcher er alles vornehmen darf, was ihm zur Entdekkung der Wahrheit nützlich erscheint, und er wird sogar bei seiner Ehre und seinem Gewissen verpflichtet, mit aller Anstrengung auf dieses Ziel hinzuarbeiten. Er verhört nicht nur den Angeklagten, sondern auch alle Zeugen. Es versteht sich von selbst, und die Erfahrung beweist es hundertfach, daß man nicht auf diese Weise in die Arena hinabsteigen darf, mit dem Angeklagten und mit dem Zeugen in ein Wortgefecht sich einlassen darf und dabei die Unbefangenheit bewahren kann. Verletzte Eitelkeit, Rechthaberei, Aerger und noch schlimmere Gefühle bleiben bei solchen Reibungen selten aus, und der Angeklagte hat statt eines Richters einen zweiten Ankläger". Mit diesen Worten wurde schon im Jahre 1851 für das Kreuzverhör gestritten. Denn ohne die Durchführung des Verhörs und Kreuzverhörs durch die Parteien sei eine Nachahmung des englischen Verfahrens nur Scheinwert und die ganze öffentliche Prozedur in der Person des Präsidenten verbleibe ein Stück Inquisition[2]). Rüttimann wollte durch diese Uebernahme des Kreuzverhörs aus dem Militärstrafprozeß von 1838 in dessen Nachfolger von 1851 und in den BStP vom gleichen Jahre jedem am Prozeß Beteiligten die richtige Stellung

[1]) Rüttimann, BBl. 1851, I, S. 657.
[2]) Vgl. Lüthi, in ZBJV 59 523.

und eine möglichst klare und einfache Aufgabe verschaffen [3]). In diesem Sinne sei nichts natürlicher, als den Vertreter der öffentlichen Interessen sowohl als den Sachwalter des Angeklagten mit den besten Angriffs- und Verteidigungswaffen auszurüsten, jedem von ihnen die energische Durchführung des Kampfes mit allen ehrlichen Mitteln zur Gewissens- und Ehrensache zu machen. Dem Richter sei aber eine ganz unbefangene, ruhige und würdevolle Stellung zwischen und über diesen beiden anzuweisen. Der Ansicht Rüttimanns stellte sich diejenige des Bundesrat Furrer gegenüber, der feststellte, daß nicht bekannt sei, daß das nach französischem System vorgeschlagene Präsidialverhör in der Praxis von erheblichen Uebelständen begleitet sei. Der Präsident verrichte diese Funktionen mit mehr Ruhe und Unbefangenheit, als Personen, deren Richtung und Tendenz mehr einseitig sei und dahingehe, entweder die Schuld oder die Unschuld herauszubringen. Es sei zu besorgen, daß durch das Kreuzverhör die Verwirrung eines Zeugen versucht werde, und überhaupt mehr unpassende und unzulässige Fragen gestellt würden. Wenn auch das Gericht jeder Ungebühr entgegenzutreten habe, so sei doch schwerlich zu vermeiden, daß nicht eine Menge Zwischenfragen und Zwischendebatten entstünden [4]).

So standen die Meinungen einander gegenüber schon zur Zeit der Beratungen des ersten BStP. Der Kampf der beiden Systeme gegeneinander ist auch jetzt, nach mehr als achtzig Jahren, noch nicht abgeflaut. Auch nachdem die Frage vorläufig einmal für den BStP entschieden ist, und zwar zugunsten des Präsidialverhörs, können sich dessen Gegner noch immer nicht beruhigen. Es sei hier Pfenninger zitiert, der für folgende Gestaltung des Verhörs eintritt [5]): „... Nun ist das Kreuzverhör der typische Ausdruck des englischen Partei- und modernen Anklageprozesses und hat als solcher z. B. im Kanton Zürich, der diese Institution seit 1853 kennt, nicht zu Beanstandungen geführt. Meine eigenen Erfahrungen als Ankläger vor Schwur- und Militärgericht, d. h. vor Gericht mit und vor Gericht ohne Kreuzverhör, haben in mir die Ueberzeugung gefestigt, daß das Kreuzverhör nicht nur tauglicher zur Wahrheitserforschung ist, als die Befragung durch den Vorsitzenden, sondern auch eine wesentliche Entlastung für denselben

[3]) Nach Lüthi in ZStR **49** 47.
[4]) Lüthi, ZStR **49** 48.
[5]) Pfenninger, in SJZ **31** 166.

darstellt, denn erst das Kreuzverhör ermöglicht ihm den nötigen Ueberblick über die Beweiserbringung und die völlige Wahrung seiner Unparteilichkeit. Die bundesrätliche Botschaft führt allerdings aus, das Kreuzverhör könne leicht zu einer unzulässigen Belästigung der Zeugen und zu einem tumultuarischen Verfahren ausarten (S. 47). Das ist möglich, sollte aber von einem wachsamen Vorsitzenden, der berechtigt ist, ungebührliche Fragen zurückzuweisen, in der Regel im Keime erstickt werden können. Der Angeklagte allerdings sollte stets durch den Vorsitzenden befragt werden, denn es wäre in der Tat eine störende Ungleichheit der Parteistellung, wenn der Ankläger den Angeklagten vernehmen dürfte."

Einen überzeugten Befürworter des Kreuzverhörs finden wir auch in Gautier [6]). Es sei uns gestattet, auch seine Ausführungen im Wortlaut zu zitieren:

„En confiant aux parties la conduite des enquêtes, le system de l'interrogatoire croisé (c'est le nom qu'il porte en Angleterre et en Allemagne) remet les choses au point et coupe court aux abus réels ou possibles. Il a d'autre part des qualités qui lui sont propres. L'un de ces mérites, c'est de rendre l'examen des témoins plus serré et plus vivant. Le président a beau d'avoir fait du dossier une étude consciencieuse, il ne connait pas l'affaire aussi à fond que ceux qui depuis des jours et des semaines ne vivent que pour elle. Le président est désintéressé, ce n'est pas de sa chose qu'il s'agit; il ne peut donc mettre la même ardeur, la même intensité de recherche dans les questions qu'il pose. Peut-être aussi les témoins, examinés par les parties et notamment par le défenseur, qui est à leur niveau et leur paraît un homme comme un autre, peut-être se sentiront-ils plus à l'aise et répondront-ils plus librement que si les interrogations tombent sur eux du haut de l'estrade présidentielle. Le dialogue avec un personnage aussi haut placé n'est pas sans intimider ceux qu'il emporterait avant tout de mettre en confiance. Mais les incidents, les querelles entre parties ne vont-elles pas se produire à foison au sujet des questions ainsi posées? Je ne croit pas qu'il soit possible de prévenir ces tempêtes d'audience, d'ailleurs souvent préméditées. Je remarque seulement, qu'elles se produisent aussi sous le régime de l'interrogatoire présidentiel. En outre,

---

[6]) Gautier, in ZStR **14** 46.

l'examen par les parties laisse intacte la position du juge en le maintenant au-dessus de la lutte. Ce n'est plus lui qui, à l'encontre des parties, cherche à faire prévaloir son opinion, ce sont les parties, qui bataillent entre elles au-dessous du président. Et alors le dernier reste dans son rôle. Il intervient certes, mais sans partialités, sans passion, sans blessure d'amour-propre. Quand il apaise le différent, quand, entre les deux opinions rivales, il indique et impose celle qui lui paraît devoir être préférée, c'est bien la mission d'un juge qu'il remplit".

Gautier hinterläßt mit dieser Befürwortung den tiefsten Eindruck von der Bedeutung, die dem Kreuzverhör zugemessen werden kann.

Im Gesetz hat jedoch das Präsidialverhör seine Stellung, die es schon hatte, behauptet, und sich auch im Assisenverfahren eingeführt.

Wie Pfenninger anführte, weist die bundesrätliche Botschaft daraufhin, daß das Kreuzverhör leicht zu einer Belästigung der Zeugen und zu einem tumultuarischen Verfahren führen kann. Die Botschaft führt aber noch weitere wesentliche Gründe, die für das Präsidialverhör sprechen, an: Für die Erforschung der materiellen Wahrheit sei es von Vorteil, wenn die Beweisaufnahme in der Hand des unparteiischen Vorsitzenden ruhe. Nicht abweichend von der Ansicht Pfenningers stellt auch die Botschaft fest, daß eine Abhörung des Angeklagten durch den Ankläger die Ungleichheit der Parteistellung nur noch vergrößern würde. Die Botschaft stellt weiter fest, daß sich die Fragestellung durch den Präsidenten im bisherigen Verfahren vor dem Bundesstrafgericht bewährt habe. Der Entwurf habe deshalb diese Einrichtung für das Bundesstrafgericht beibehalten und auch für das Assisenverfahren eingeführt.

Wie wir sehen, hat man demnach mit beiden Systemen gute Erfahrungen gemacht. Diese Tatsachen, und auch der Umstand, daß auch jetzt der Streit zwischen den beiden Systemen noch nicht zu gunsten des einen oder des andern in der Literatur allgemein entschieden ist, spricht für die Gleichwertigkeit beider Institutionen.

2. § 239, Abs. 1 der deutschen StPO läßt in beschränktem Maße das Kreuzverhör zu:

„Die Vernehmung der von der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten benannten Zeugen und Sachverständigen ist dem

Staatsanwalt und dem Verteidiger auf deren übereinstimmenden Antrag vom Vorsitzenden zu überlassen. Bei den von der Staatsanwaltschaft benannten Zeugen und Sachverständigen hat diese, bei den vom Angeklagten benannten der Verteidiger in erster Reihe das Recht zur Vernehmung".

Nach dieser Bestimmung kann das Kreuzverhör aber nur auf Zeugen und Sachverständige Anwendung finden, die von der Staatsanwaltschaft oder der Verteidigung angerufen sind. Die auf richterliche Anordnung (Offizialprinzip) geladenen Zeugen und Sachverständigen dagegen können nur vom Vorsitzenden verhört werden. Auch ist erforderlich, daß der Angeklagte einen Verteidiger hat. Es könnte nach der Fassung des § 239 StPO nie von einem Angeklagten selbst verlangt werden, die Zeugen und Sachverständigen selbst zu vernehmen.

Man könnte annehmen, daß es als Argument für das Kreuzverhör gewertet werden müßte, daß auch die deutsche StPO dieses Institut aufweist. Das trifft jedoch nicht zu. Wohl kennt die deutsche StPO das Kreuzverhör — wenn auch in beschränktem Maße —, aber die deutsche Praxis kennt es nicht. Dohna[7]) schreibt wörtlich: „Dieses sogenannte Kreuzverhör spielt in der Praxis keine Rolle. Die ältesten Verteidiger erinnern sich nicht, es je erlebt zu haben"[8]). Damit ist wohl dem Kreuzverhör das Urteil gesprochen. Denn diese Entwicklung, oder besser Nichtentwicklung, die das Kreuzverhör in Deutschland genommen hat, zeigt, daß dort, wo den Parteien beide Systeme wahlweise zur Verfügung stehen, dem Präsidialverhör immer der Vorzug gegeben wird.

3. Vom Standpunkte des Zeugen aus ist es nur zu begrüßen, daß sich für den BStP das an den französischen Prozeß anlehnende Präsidialverhör behaupten konnte. Wenn die Botschaft davon spricht, daß das Kreuzverhör zu einer unzulässigen Belästigung der Zeugen führen könne, so ist das wohl nur milde ausgedrückt. Hauptsächlich der Verteidiger wird die von der Staatsanwaltschaft gestellten Zeugen nicht objektiv befragen, sondern sie mit für den Richter unauffälligen, wohldurchdachten Fragen so in Verwirrung bringen, daß sie überhaupt nicht mehr wissen, was sie eigentlich wahrgenommen haben. Sie brauchen sich dann nur

---

[7]) Dohna, S. 166, Anm. 64.

[8]) Auch Löwe in seinem Kommentar weiß keinen Entscheid anzuführen, bei dessen Zustandekommen das Kreuzverhör irgend eine Rolle gespielt hätte.

in irgend einem unbedeutenden Punkte selbst zu widersprechen, so wird sie der Verteidiger als unzuverlässig, als falsche Zeugen hinstellen und sie so in ihrer Ehre verletzen. Nicht nur vom Gesichtspunkt der Erforschung der Wahrheit, sondern auch vom Standpunkt des Zeugen aus mußte unbedingt das System des Präsidialverhörs gefordert werden.

Die Einvernahme des Zeugen geschieht jedoch nicht nur durch den Vorsitzenden allein. Die Richter, der Bundesanwalt, der Geschädigte, der Verteidiger und der Angeklagte haben das Recht, an die Zeugen (wie auch an die Sachverständigen) durch den Präsidenten weitere Fragen stellen zu lassen. Der Präsident kann diesen Personen sogar gestatten, diese Fragen selbst zu stellen (Art. 159 BStP). — Diese Regelung hat aber gar nichts zu tun mit dem Kreuzverhör und verletzt das Prinzip des Präsidialverhörs nicht.

II. Vorgehen des Richters.

1. Ob der Zeuge eine richtige oder unrichtige Aussage macht, hängt nicht selten von der Art der Vernehmung ab. Dies hauptsächlich bei Zeugen, die allerdings willig sind zu einer wahrheitsgetreuen Aussage, die jedoch so beschränkten Geistes sind, daß sie nicht merken, worauf es ankommt. Und dann auch bei Zeugen, die noch unschlüssig sind, ob sie die Wahrheit sagen wollen oder nicht. Ob der vernehmende Richter in der Lage ist, in solchen Fällen die Vernehmung erfolgreich durchzuführen, hängt in erster Linie von seiner Veranlagung ab. Was hier fehlt, kann zum Teil durch Studium von Werken über Vernehmungstechnik und Zeugenpsychologie ersetzt werden. Auf jeden Fall braucht es eine große Erfahrung, um das Wesen und die Art jedes Zeugen so erfassen zu können auf den ersten Blick, daß man ihn seiner Eigenart gemäß auch richtig behandeln kann, um so auf dem für Richter und Zeugen angenehmsten Wege zu einer richtigen, und auch, was das Wissen des Zeugen anbelangt, zu einer vollständigen Aussage zu gelangen.

2. Als erste Einwirkung auf den Zeugen steht dem Richter die Ermahnung zur Wahrheit und zu einer vollständigen Aussage zur Verfügung [9]). Wie wir gesehen haben, kommt es hauptsächlich

[9]) Wir verweisen hier auf § 9 hiervor, wo wir anticipando die Ermahnung zur Wahrheit behandelt haben.

hier in außerordentlichem Maße auf die Persönlichkeit des Richters an, ob diese Ermahnung einen Erfolg hat oder nicht.

Danach folgt die Feststellung der persönlichen Verhältnisse des Zeugen und seiner Beziehungen zur Strafsache. In diesem Zusammenhange hat der Richter den Zeugen vom Gegenstande der Untersuchung zu unterrichten [10]) und ihm auch die Person des Beschuldigten zu nennen, wenn ein solcher vorhanden ist, damit festgestellt werden kann, ob dem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht gemäß Art. 75 BStP zusteht. Wenn dies zutreffen sollte, so hat der Richter den Zeugen über dieses Recht zu belehren. Was den Gegenstand der Untersuchung betrifft, über den der Zeuge belehrt werden soll, so wird sich diese Bekanntmachung in möglichst engem Rahmen zu halten haben, damit dem Zeugen damit nicht Umstände mitgeteilt werden, die erst durch seine Aussagen bewiesen werden sollen, oder die seine Aussagen beeinflussen könnten. Nach Löwe [11]) ist der Zeuge über den Gegenstand der Untersuchung soweit zu unterrichten, daß er bei Beginn der Vernehmung weiß, um welchen Vorgang es sich handelt und inwiefern dieser zu dem Strafgesetz in Beziehung gebracht wird. Wenn sich das Verfahren noch gegen keinen bestimmten Beschuldigten richtet, weil erst vage Vermutungen inbezug auf die Person des Täters bestehen, so wird der Richter — schon um den Zeugen nicht zu beeinflussen — diesem keine Namen nennen. Sollte der Zeuge in den Fall kommen, durch seine Aussagen einen Angehörigen oder sich selbst der Tat bezichtigen zu müssen, so kann er von dem Zeugnisverweigerungsrecht des Art. 79 BStP Gebrauch machen.

Danach wird der Zeuge vorerst angehalten, über das ihm bekannte zu berichten. Nach Löwe [12]) ist die Vorschrift für den Richter, den Zeugen zuerst zu dieser zusammenhängenden Erzählung zu veranlassen, nicht eine bloße Ordnungsvorschrift, sondern zwingendes Recht [13]). U. E. muß auch für den BStP diese Bestimmung als eine wesentliche Verfahrensvorschrift im Sinne von Art. 220, Ziff. 3 BStP betrachtet werden. Denn es würde sonst die Gefahr bestehen, daß der Richter von Anfang an den Zeugen durch eine bestimmte Fragestellung zu beeinflussen sucht, was im

---

[10]) So ausdrücklich § 69 deutsche StPO.
[11]) Löwe, N. 1 zu § 69.
[12]) Löwe, N. 3 zu § 69.
[13]) So auch RGSt **62** 146.

andern Falle unmöglich sein dürfte. Dies deshalb, weil die zusammenhängende Erzählung des Zeugen auch nicht durch Vorhalte oder Fragen, die anläßlich der Aufforderung zu dieser Erzählung gemacht werden, beeinflußt werden darf. Nach Stooß [14]) darf jedoch der Richter den Zeugen unterbrechen in seiner Erzählung, wenn dieser von dem Beweisthema abweicht. Im übrigen hat der Richter erst dann, wenn die Erzählung unvollständig, undeutlich oder widersprechend ist, das Recht und die Pflicht, besondere Fragen zu stellen (Art. 85, Abs. 2). Um auf diese Fragen hin wahrheitsgetreue Aussagen zu erhalten, stehen dem Richter weitere (abgesehen von der Ermahnung zur Wahrheit), schon oben angeführte Mittel zur Verfügung: Die Zeugenpsychologie und aus ihr hervorgehend die praktische Vernehmungstechnik. Wir müssen es selbstverständlich im Rahmen dieser Arbeit dabei bewenden lassen, dieses Thema zu erwähnen. Doch bleibt es uns, die Ratschläge zu betrachten, die der BStP dem Richter zur Vernehmung des Zeugen an die Hand gibt.

3. Art. 85, Abs. 3 lautet folgendermaßen:

„Die Fragen des Richters sollen die Antwort des Zeugen nicht beeinflussen. Verfängliche Fragen sind untersagt".

Diesen Vernehmungsregeln kann nur die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift zukommen [15]). Eine Nichtigkeitsbeschwerde könnte also nicht damit begründet werden, daß ihre Verletzung nachgewiesen würde. Diese Vorschriften sind auch ausdrücklich nur für den Richter gedacht. Der Zeuge könnte also nicht etwa die Antwort verweigern mit der Begründung, die Frage des Richters sei verfänglich oder dazu bestimmt, seine Antwort zu beeinflussen [16]).

Das bernische StV hat keine solchen Vernehmungsregeln aufgestellt wie der BStP. Das aus der Ueberlegung heraus, daß, wenn schon das Prinzip der freien Beweiswürdigung herrscht, dem Richter auch keine Vorschriften gemacht werden sollen über die Art und Weise, wie er die Zeugen vernehmen soll. Es wurde dabei die weitere Ueberlegung gemacht, daß der Richter, wenn er die Regeln, die im BStP ausgesprochen sind, verletzen würde, den auf diesem Wege erhaltenen Aussagen auch nur einen geringen

[14]) Stooß, N. 2 zu Art. 91 MilStGO.
[15]) Gleicher Ansicht Löwe, N. 2 zu § 69.
[16]) Gautier, ZStR **14** 45/46.

Beweiswert zumessen könnte. Schon aus diesem Grunde werde also der Richter eine Verletzung solcher Regeln vermeiden, auch wenn sie nicht noch ausdrücklich im Gesetz stehen.

Diese Ueberlegungen, die im bernischen StV. dazu geführt haben, keine solchen Vernehmungsregeln aufzustellen, leuchten ohne weiteres ein, und man fragt sich deshalb, warum sie im BStP noch aufgenommen wurden. Insbesondere, da sie doch nur einen Wunsch des Gesetzgebers darstellen, sie möchten eingehalten werden, denn jedem temperamentvollen Untersuchungsrichter wird es begegnen, daß er sie einmal verletzt, ob sie nun dastehen oder nicht[17]).

Der BStP drückt mit dem Satz „Verfängliche Fragen sind untersagt“[18]) in allgemeiner Fassung aus, was § 144 der zürcherischen StPO in engerer Form sagt: „Fragen, durch welche dem Zeugen Tatumstände vorgehalten werden, die erst durch seine Aussagen festgestellt werden sollen, sind möglichst zu vermeiden“. Unter den Begriff „Tatumstände“ gehört nach Sträuli[19]) alles, was direkt oder indirekt auf die Tat Bezug hat. — Auch Pfyffer definiert die verfänglichen Fragen ähnlich wie die StPO Zürich[20]): „Das ist allemal der Fall, wenn man in der Frage eine Tatsache für gewiß ansieht, die der Inquirit geleugnet, oder über die er sich noch gar nicht erklärt hat, um daraus weitere Folgen abzuleiten“.

Das weitere Gebot, das der BStP dem Richter auferlegt, lautet:

„Die Fragen des Richters sollen die Antwort des Zeugen nicht beeinflussen“.

Das will heißen, der Richter soll nicht dem Zeugen die Antwort gleichsam auf die Zunge legen[21]).

4. Erinnert sich ein Zeuge nicht mehr genau an eine Wahrnehmung, über die er früher schon zu Protokoll ausgesagt hat,

---

[17]) Vgl. Pfyffer, Untersuchungen in Strafsachen, I, S. 321, der auch schon der Ansicht war, daß gerade Suggestivfragen nicht vollständig zu vermeiden seien.

[18]) Béguin (StenBull StR 1932 650): „Disons encore que, par questions captieuses, au sens de l'article 87 (jetzt 85), on sousentend des questions par lesquelles on chercherait à tromper des témoins“.

[19]) Sträuli, N. 1 zu § 144.

[20]) Pfyffer, S. 318.

[21]) Daß solche Fragen besonders gefährlich sind, da sie in manchen Fällen eine Verfälschung der Erinnerung des Zeugen an seine Wahrnehmungen zur Folge haben, führt näher aus: Hellwig, Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlungen (1927), S. 264.

oder besteht ein Widerspruch mit seiner früheren Aussage, so darf diese insoweit vorgelesen werden (Art. 160 BStP). Es muß dies auch gestattet werden, wenn der Zeuge auf Vorhalt behauptet, nichts davon zu wissen, daß er jemals eine solche Aussage getan habe.

Das Verlesen des Protokolles zu diesem Zwecke widerspricht dem Prinzip der Unmittelbarkeit nicht. Denn dadurch soll ja nur das Gedächtnis aufgefrischt werden, der Zeuge soll dadurch zu einer neuen Aussage bewogen werden. Das Verlesen des Protokolls geschieht ja nicht zur Instruktion der Richter. Insofern der Widerspruch nicht behoben wird, oder der Zeuge weiter behauptet, sich nicht mehr zu erinnern, bleibt es dem Ermessen des Richters überlassen, inwieweit er die frühere Aussage des Zeugen bei der Urteilsfindung berücksichtigen will. Daß in einem solchen Falle eventuell auch die frühere Aussage berücksichtigt werden darf, geht einmal aus dem Prinzip der freien Beweiswürdigung hervor, andererseits aus der Tatsache, daß die früheren Aussagen im allgemeinen den Wahrnehmungen der Zeugen eher entsprechen, als die späteren, da noch nicht ein so großer Zeitablauf zwischen Wahrnehmung und Aussage liegt wie bei der späteren Aussage[22]). Aus diesen Gründen soll hier ein Durchbruch des Unmittelbarkeitsprinzips in gewissen Ausnahmefällen gestattet sein.

5. Jeder Zeuge soll einzeln und in Abwesenheit der andern Zeugen vernommen werden (Art. 81 BStP). In der Hauptverhandlung wird also der Vorsitzende, nachdem er die Zeugen aufgerufen und sie aufgefordert hat, sich in das Zeugenzimmer zu begeben (Art. 152 BStP), wenn die Verhandlung so weit vorgeschritten ist, daß er zur Beweiserhebung schreiten kann, einen Zeugen nach dem andern aufrufen lassen und ihn in Abwesenheit der andern Zeugen vernehmen. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes muß der Zeuge, der verhört worden ist, wieder aus dem Sitzungssaale gewiesen werden, sobald ein weiterer Zeuge vernommen werden soll. Es geht also nicht an, daß der Präsident diejenigen Zeugen, die schon verhört worden sind, im Sitzungssaale beläßt. Das hat seinen Grund schon darin, daß, wenn eine Konfrontation nötig werden sollte zum Zwecke der Behebung von Widersprüchen, der Zeuge, der der Abhörung der andern Zeugen

---

[22]) So auch Glaser, Beiträge, S. 229.

beigewohnt hat, sich schön seine Antworten zurechtlegen könnte, um dann den tatsächlichen Widerspruch als einen nur scheinbaren hinzustellen, um sich so nicht des falschen Zeugnisses schuldig zu machen.

Die Vornahme der Konfrontation ist dem Richter nach BStP auch in der Voruntersuchung gestattet. Es ist dies anerkennend zu erwähnen, da sich der BStP dadurch in Gegensatz zur deutschen StPO setzt, wonach die Konfrontation nur dann im Vorverfahren vorgenommen werden darf, wenn eine Verschiebung bis zur Hauptverhandlung „ohne Nachteil für die Sache" nicht stattfinden kann. Wenn die Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung einer Person stattfinden soll, so kann eine Hinausschiebung hier nicht geduldet werden, da ein weiterer Zeitablauf für diesen Zweck nur nachteilig sein könnte. Aber auch in andern Fällen, wo Widersprüche zwischen den Aussagen verschiedener Zeugen durch eine Konfrontation behoben werden sollen, soll doch diese Klarstellung so schnell wie möglich geschehen.

Ueber das bei der Gegenüberstellung zu beobachtende Verfahren gibt uns der BStP keine nähere Auskunft. Wird die Konfrontation zum Zwecke der Wiedererkennung einer Person vorgenommen, so wird es zweckmäßig sein, daß dem Zeugen, der wiedererkennen soll, verschiedene Personen gegenüber gestellt werden, aus denen er dann die wiederzuerkennende auswählen kann (sog. Wahlkonfrontation) [23]). Wenn die Behebung von Widersprüchen bezweckt wird, kann es nach deutscher Praxis den Zeugen gestattet werden, sich unmittelbar gegenseitig Frage und Antwort zu stehen [24]).

Die Konfrontation kann nicht nur zwischen Zeugen unter sich, sondern auch zwischen Zeugen und dem Beschuldigten vorgenommen werden [25]).

III. Inhalt der Aussage.

1. Die Pflicht zur Aussage ist wohl die wesentlichste der Zeugenpflichten [26]). Der Inhalt der Aussagepflicht wird im großen

---

[23]) Stern in DJZ **14** 409.

[24]) RGSt in GA **50** 274.

[25]) Pfyffer, S. 509, mißt der Konfrontation eine außerordentlich große Bedeutung bei: „Keine Gerichtsverhandlung greift aber so unmittelbar in das Leben ein, wie die Konfrontation, indem sie Haß und Leidenschaft, Furcht und Schrecken, und selbst hinwieder Nachgiebigkeit und Reue hervorzurufen vermag. Ein so tiefgreifendes Mittel, die Wahrheit zu erforschen, sollte nie mißbraucht, sondern nur als letzter Notausweg angewendet werden".

[26]) Vgl. § 1, Ziff. II hiervor.

ganzen einheitlich definiert. Löwe[27]) faßt den Begriff folgendermaßen auf: „Die Pflicht des Zeugen geht dahin, seine Wissenschaft von der Sache, gleichviel, ob sie auf Sehen oder auf Hören beruht, zu bekunden; er hat über die von ihm wahrgenommenen Tatsachen Auskunft zu geben. Hierbei macht es jedoch keinen Unterschied, ob die Tatsache Gegenstand unmittelbarer sinnlicher Wahrnehmung gewesen ist, oder ob der Zeuge zu ihrer Kenntnis nur mittels eines Urteils gelangen konnte". Der Zeuge hat demnach Tatsachen, nicht Schlußfolgerungen zu vermitteln. Es wird aber in vielen Fällen so sein, daß der Zeuge, der über eine Tatsache berichten soll, sie in Verbindung mit oder in Form eines Urteils übermittelt. Wenn z. B. der Zeuge zum Zwecke der Identifizierung eines Mitbeschuldigten über die Tatsache berichten soll, daß derselbe zu einer bestimmten Zeit einen Apfelschimmel und keinen Rappen geritten hat, so wird sich die Aussage des Zeugen über diese Tatsache in die Form eines Urteils kleiden, weil es in Verbindung mit der sinnlichen Wahrnehmung auch ein solches ist: Der Zeuge, der vielleicht nicht besonderer Pferdekenner ist, wird sagen, daß es nach seiner Meinung (seinem Urteil) ein Apfelschimmel gewesen sei. Es ist zwar auch möglich, daß er die Aussage in Form einer reinen Tatsachenübermittlung gibt, trotzdem sie sein Urteil enthält: Dann wird der Zeuge einfach aussagen, es sei ein Apfelschimmel gewesen, und ist sich gar nicht bewußt, daß er hier nicht nur eine Wahrnehmung, sondern auch noch ein Urteil ausspricht. Diese urteilende Tätigkeit des Zeugen muß aber gegenüber der sinnlichen Wahrnehmung als untergeordnet, nebensächlich erscheinen[28]). Als Beispiel hiezu führt Löwe[29]) an, daß Trunkenheit einer Person an sich Gegenstand eines Zeugenbeweises sein kann. Soll aber bewiesen werden, daß die Zurechnungsfähigkeit einer Person durch die Trunkenheit vermindert war, so handle es sich dabei um ein Urteil über den Geisteszustand, das nicht mehr in den Bereich des Zeugenbeweises falle, sondern Gegenstand eines Sachverständigengutachtens bilde.

Damit kommen wir auch zur Unterscheidung von äußern und innern Tatsachen, über die der Zeuge berichten soll. Wenn es sich um äußere Tatsachen handelt, so berichtet der Zeuge über reine Sinneswahrnehmungen. Ueber innere Tatsachen sagt er dann

---

[27]) Löwe, N. 4 zu den §§ 52—54.
[28]) So auch RGSt **57** 412 und GA **68** 353.
[29]) Löwe, N. 4 zu den §§ 52—54.

aus, wenn er dem Richter übermittelt, welchen Eindruck gewisse Wahrnehmungen zu der Zeit, als er sie gemacht hatte, auf ihn hervorriefen. Auch diese innern Tatsachen können noch Gegenstand des Zeugenbeweises sein [30]).

Nach Art. 85, Abs. 1 BStP soll der Zeuge genau unterscheiden, was er von der Sache aus eigener Wahrnehmung weiß und was er von andern darüber erfahren hat. Es wird Aufgabe des Richters sein, den Zeugen auf diese Vorschrift aufmerksam zu machen, und, wenn sich im Laufe der Aussage für den Richter Unklarheiten in dieser Richtung ergeben, daß er den Zeugen darüber befragt. Selbstverständlich ist es für die Bewertung der Aussage außerordentlich wichtig, zu wissen, ob ihr Inhalt der eigenen Wahrnehmung des betreffenden Zeugen entspringt oder nicht.

IV. Das Protokoll.

1. Die Protokollierung der Aussagen der Zeugen und der sie begleitenden richterlichen Handlungen und Umstände spielt im gerichtlichen Verfahren eine wesentliche Rolle. Nicht nur stützt sich eine eventuelle strafgerichtliche Verfolgung wegen falschen Zeugnisses auf das Protokoll der Aussage, sondern auch der Nichtigkeitskläger wird sich zum Beweis der Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens auf das Protokoll stützen. Infolge des Prinzips der Unmittelbarkeit hat das Protokoll hingegen nicht mehr die Bedeutung, wie zur Zeit, als sich das Urteil nur auf die Akten stützte.

2. Nach Art. 85, Abs. 4 sollen die Zeugenaussagen nach ihrem wesentlichen Inhalte protokolliert werden. Darüber, was wesentlich im Sinne der Bestimmung ist, entscheidet in der Hauptverhandlung das Gericht [31]). Wie ist diese Bestimmung zu verstehen? Doch sicher nicht so, daß das Gericht vor der Aussage eines Zeugen entscheidet, daß diese Aussagen nun zu protokollieren sind, vielleicht im Gegensatz zu den Aussagen eines andern Zeugen, der nur über unwesentliches ausgesagt hat. Das wäre sinnlos, denn vor der Aussage kann das Gericht noch gar nicht wissen, ob die Aussage eines bestimmten Zeugen wesentlich ist oder nicht. Die Bestimmung kann aber auch nicht so verstanden

---

[30]) Löwe, Vorbemerkungen zum 6. Abschnitt, N. 1.

[31]) Art. 162 BStP: „Das Gericht entscheidet, ob und inwieweit die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen zu protokollieren sind".

werden, daß das Gericht nach jedem Satz, den der Zeuge ausspricht, über die Protokollierung entscheidet. Für die Schwerfälligkeit, die ein solches Verfahren mit sich bringen würde, wird wohl niemand einstehen wollen, ganz abgesehen davon, daß ein solches Vorgehen während der zusammenhängenden Erzählung, zu der der Zeuge zuerst zu veranlassen ist, kaum möglich wäre. Das Gericht kann aber auch nicht nach beendeter Aussage eines Zeugen über die Protokollierung derselben entscheiden, denn niemand wird dem Gerichtsschreiber zumuten, daß er solange die ganze Aussage eines Zeugen im Kopf behält, um sie dann erst niederzuschreiben, wenn das Gericht für Aufnahme der Aussage in das Protokoll entschieden hat. Wie diese Ausführungen zeigen, ist auf diesem Wege nicht zu einer vernünftigen Auslegung des Art. 162 BStP zu kommen. Mehr Sinn hätte die Bestimmung, wenn sie negativ in folgender Form abgefaßt wäre: Daß das Gericht zu entscheiden hätte, was n i c h t protokolliert werden soll. Dann wäre die Regel, daß alles was ein Zeuge aussagt, zu Protokoll genommen werden muß, und daß nur in Fällen, wo der Zeuge über ganz nebensächliches oder gar in sinnloser Weise aussagt, das Gericht bestimmen kann, daß diese Aussagen nicht zu protokollieren sind. Wir nehmen an, daß der unsorgfältig redigierte Art. 162 BStP in diesem Sinne zu verstehen ist.

In der Voruntersuchung steht die Entscheidung über die Protokollierung selbstverständlich dem Untersuchungsrichter zu.

3. Es erhebt sich die weitere Frage, ob und wann der Zeuge das Protokoll über seine Aussage mit seiner Unterschrift zu unterzeichnen hat. Diese Frage wurde auch in den Beratungen des Nationalrates über den Entwurf des BStP aufgeworfen [32]). Der Berichterstatter der Nationalratskommission, Huber, antwortete auf die betreffende Frage folgendes [33]): „Bei Art. 87 (Art. 85 des Gesetzes) wünscht Herr de Muralt Auskunft darüber, ob die Zeugenaussagen zu protokollieren und zu unterzeichnen sind. Ich glaube, das ist richtig, gemäß der Bestimmung, die er selber angeführt hat — in Art. 116 (Art. 114 des Gesetzes) — wo die Unterschriftsverpflichtung ganz allgemein vorgesehen ist". Dieser Ansicht von Huber können wir nicht beipflichten. Art. 114 BStP steht unter dem Titel „Voruntersuchung". Es können sich also kaum für das ganze Verfahren allgemeingültige Bestimmungen

[32]) StenBull NR 1931 716.
[33]) StenBull NR 1931 717.

dort finden. Art. 114 gilt auch deshalb nur für die Voruntersuchung, weil er gerade dort einen besonderen Sinn hat. Es soll nämlich dadurch eine größere Garantie geschaffen werden, daß das Protokoll auch dem entspricht, was der Zeuge aussagte und aussagen wollte. Denn dies ist besonders wichtig für Verhöre in der Voruntersuchung, weil das Gericht in den Fall kommen kann, aus irgend einem Grunde (Art. 164, Abs. 2) auf Grund der Akten, d. h. auf Grund dieser Protokolle aus der Voruntersuchung urteilen zu müssen. Diese Bedeutung hat das Protokoll über die Aussagen in der Hauptverhandlung nicht mehr, da nach der Unmittelbarkeitsmaxime das Gericht auf Grund der Aussagen direkt und nicht auf Grund des Protokolles sein Urteil zu fällen hat. Die allgemeine Bestimmung über das Protokoll findet sich in Art. 33 BStP. Danach haben im allgemeinen nur der die Verhandlung leitende Richter und der Schriftführer das Protokoll zu unterzeichnen.

Danach kommen wir zu folgendem Resultat: Nur in der Voruntersuchung wird dem Zeugen das Protokoll über seine Aussage vorgelesen und ihm nachher mit seinen Ergänzungen und Berichtigungen, die er anläßlich des Vorlesens eventuell gemacht hat, zur Unterzeichnung vorgelegt. Wenn der Zeuge aus irgend einem Grunde die Unterzeichnung verweigert, so soll dies im Protokoll mitsamt der Begründung der Weigerung vermerkt werden [34]). In der Hauptverhandlung dagegen wird in der Regel das Protokoll den Zeugen nicht vorgelesen und auch nicht zur Unterzeichnung vorgelegt werden. Der Vorsitzende wird aber da, wo sich widersprechende Zeugenaussagen gegenüberstehen, das Verlesen und die Unterzeichnung durch die sich widersprechenden Zeugen anordnen, um eine sichere Unterlage für die eventuelle strafgerichtliche Verfolgung wegen falscher Zeugenaussage zu haben, wenn sich der Widerspruch nicht im Verlaufe der Verhandlung lösen sollte.

---

[34]) Art. 114, Abs. 3 BStP.

§ 12. Die Bekräftigung der Aussage durch Eid oder Handgelübde.

A. ALLGEMEINE ERÖRTERUNGEN.

I. Bedeutung und Notwendigkeit des Eides.

Es ist selbstverständlich, daß das Gesetz bestrebt sein muß, dem Richter alle Mittel zur Wahrheitsforschung zugänglich zu machen, welche die moderne Kriminalistik als zulässig und tauglich erkannt hat. Der Eid gehört zweifellos zu diesen Mitteln. Doch sind verschiedene Bestrebungen im Gang, welche den Eid wenn nicht als untauglich, so doch als unzulässig erklären wollen aus verschiedenen Gründen.

1. Es besteht einmal die Meinung, es werde mit der Zulassung des Eides der Grundsatz der Gleichheit aller vor dem Gesetz durchbrochen. Denn durch die Anwendung des Eides werde auf die Zeugen durch ein Mittel eingewirkt, das nicht auf alle als Zeugen in Betracht kommenden Personen anwendbar oder jedenfalls von Wirkung sei. Logoz formuliert die Argumente dieser Gruppe folgendermaßen[1]):

„Avant tout, le serment doit disparaître, parce qu'il est contraire au principe fondamentale de l'égalité de tous les justiciables devant la justice. Comment? Vous permettez au juge d'exercer sur le témoin une pression particulièrement vive, en faisant appel à ses sentiments religieux, en le menaçant même de la colère divine s'il ne dit pas la vérité? Mais sur celui qui ne croit plus, ce moyen d'intimidation reste sans effet quelconque! Ainsi donc, deux poids et deux mesures. Traitement différent pour les témoins croyants et pour les autres. Pour un peu, on nous dirait: vous soumettez les premiers à une espèce de torture morale dont les autres se rient".

Ueber dieses Argument läßt sich streiten. Man fragt sich übrigens, ob es, wenn man es schon anerkennt, die völlige Abschaffung des Eides verlangt, oder ob ihm auch schon Genüge getan ist, wenn man einen Unterschied macht zwischen gläubigen und ungläubigen Zeugen, wobei dann der Eid nur bei den gläubigen zur Anwendung käme. Diese Lösung drängt sich dann auf,

[1]) Logoz, in ZStR **40** 122.

wenn die Tatsache der Gläubigkeit so wesentlich ist, daß eine Nichtberücksichtigung derselben, d. h. eine gleichmäßige Anwendung des Eides auf gläubige und ungläubige Zeugen, eben eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit aller vor dem Gesetz zur Folge hätte [2]). Der BStP — um dies hier vorweg zu nehmen — macht in diesem Sinne den Unterschied zwischen gläubigen und ungläubigen Zeugen, indem er für jene den Eid, für diese das bürgerliche Handgelübde vorsieht [3]). Man kann sich aber nun fragen, ob damit viel geholfen ist für die Rechtspflege; denn wie soll nun festgestellt werden, ob ein Zeuge gläubig ist oder nicht? Wenn nun ein Zeuge, um vor dem Richter mehr Eindruck zu machen, sich als gläubig ausgibt und demgemäß den Eid schwört, wer sieht ihm nun an, daß er kein frommer Mann ist und daß deshalb in seinem Innern der Eid gar nicht die vom Gesetzgeber gewünschte Wirkung zeitigt?

Andererseits, wenn wir diese Schwierigkeit außer Acht lassen, müssen wir zugeben, daß durch die Unterscheidung von gläubigen und ungläubigen Zeugen eine individuellere Behandlung derselben erreicht wird, was, wie wir schon gesehen haben, im Interesse der Erforschung der Wahrheit liegt [4]).

2. Es wird weiter behauptet, die allgemeine Auferlegung der Eidespflicht mit religiöser Formel widerspreche dem in Art. 49 BV ausgesprochenen Grundsatze der Glaubens- und Gewissensfreiheit [5]), denn danach könne eine religiöse Eidesformel nicht von jedermann gefordert werden. Die Justiz dürfe sich nicht solcher Mittel bedienen, die einer dem Recht fremden Ideenwelt entsprängen. Der Richter habe sich nicht in das von der Verfassung geschützte und anerkannte Heiligtum der religiösen Ueberzeugung der vor seinen Schranken erscheinenden Personen zu mischen. Es sei dies ein Gebiet, das von der Staatshoheit nicht gefaßt werden könne.

---

[2]) Vgl. die grundlegenden Ausführungen des Bundesgerichtes über die Theorie, daß Gleichheit vor dem Gesetz nicht bedeutet, daß alle Bürger schlechtweg unter die gleiche Rechtsregel gestellt werden, sondern daß gerade dadurch, daß wesentliche Verschiedenheiten, die in der Person der Einzelnen zum Ausdruck kommen, berücksichtigt werden, der Grundsatz der Gerechtigkeit erst seinen vollen Sinn bekommt. BGE VI 172 ff.

[3]) Béguin stellt im Ständerate mit Genugtuung fest, durch die Einführung des Handgelübdes neben dem religiösen Eide sei nun „le principe fondamentale de l'égalité au prétoire de tous les justiciables" gewahrt. StenBull StR 1932 649.

[4]) Vgl. § 10, Ziff. I und II hiervor.

[5]) Botschaft S. 602, Logoz ZStR 40 122, Thormann, Erläuterungen, S. 6.

Diesem Argument ist ohne Zweifel eine größere Bedeutung beizumessen, als dem vorher behandelten. Es geht daraus hervor, daß auf keinen Fall der Zeuge zur Beschwörung einer religiösen Eidesformel gezwungen werden kann [6]). Wenn Art. 74 BStP von 1851 nur eine einzige Eidesformel und zwar religiöser Natur aufwies, so entsprach er dem soeben festgestellten nicht, wenn er auch, je nachdem der Zeuge einer Religion angehörte, die den Eid erlaubte oder nicht, dem Zeugen die Antwort „Ich schwöre es" oder „Ich gelobe es" vorschrieb. Denn es kommt doch nicht so sehr darauf an, wie man etwas beschwört, als vielmehr, was man beschwört. Die Eidesformel des alten BStP lautete folgendermaßen:

„Ihr werdet schwören, auf alle Fragen, die an Euch als Zeugen gerichtet worden sind, der Wahrheit gemäß geantwortet und nichts verschwiegen zu haben, so wahr Ihr wünschet, daß Euch Gott helfe".

Ob nun der Zeuge darauf „Ich schwöre es" oder „Ich gelobe es" antwortete, kam ganz auf das selbe hinaus, da in beiden Fällen eine religiöse Eidesformel beschworen wurde („so wahr Ihr wünschet, daß Euch Gott helfe"). Ob der Zeuge „Ich schwöre es" oder „Ich gelobe es" sagte, kam insbesondere auch deshalb auf das selbe hinaus, da sich auch die erste Antwort (Ich schwöre es) inbezug auf ihren religiösen Charakter nicht von der zweiten unterscheidet [7]). Art. 74 des alten BStP mußte also eigentlich als verfassungswidrig betrachtet werden.

3. Gegen den Eid spricht auch, daß gerade der gewissenhafte Zeuge durch ihn zum ängstlichen Abwägen seiner Worte veranlaßt wird. Es werden Dinge dem Zeugen nun plötzlich als zweifelhaft erscheinen, die er vorher als zuverlässig wahrgenommen betrachtete. So schreibt schon Haller [8]), daß die Zeugen nicht durch eine fürchterliche Erinnerung an ihrem geschworenen (oder zu schwörenden) Eid erschreckt werden sollen, so daß sie lieber überhaupt nichts mehr sagen, aus Angst, daß sie infolge eines Irrtums, der ihnen unterlaufen könnte, sich des Meineids verdächtig machen könnten. Die Zeugen würden dadurch in eine

---

[6]) So auch Schneider, Rechtsbuch der Schweiz, Fußnote zu Art. 143 und 144 des Bundeszivilprozesses.

[7]) Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 331, Anm. 18: Auch die Formel „Ich schwöre" hat keinen religiösen Charakter.

[8]) Haller, Gutachten, S. 58.

Gewissensqual versetzt, die ihnen erspart werden müsse. Es wird in diesem Zusammenhang sogar von einer „Eidesnot" gesprochen, die als Gewissensnot definiert wird [9]).

4. Gerade im Gegensatz zu dem unter der vorhergehenden Ziffer angeführten wird auch gegen die Beibehaltung des Eides argumentiert, daß in manchen Gerichtssälen, wo jeder Zeuge beeidigt werden muß, die Beeidigung in einem solchen geschäftsmäßigen Tone geschehe, daß jede Feierlichkeit verloren gehe und damit auch die Wirksamkeit des Eides abgeschwächt werde [10]). Unter diesen Umständen sei ein Weiterbestehen dieses Mittels zur Wahrheitserforschung nicht mehr angebracht, da dies nur eine Belastung der Gerichte mit Meineidsprozessen und der Hauptverhandlung mit zeitraubenden Beeidigungen zur Folge habe. Darauf kann nur geantwortet werden, daß es allerdings auch hier bei der Abnahme des Eides ebenso wie bei der Ermahnung zur Wahrheit und bei der Befragung der Zeugen überhaupt in außerordentlichem Maße auf die Persönlichkeit des Richters ankommt, und daß man nicht deswegen ein Mittel zur Wahrheitserforschung verwerfen darf, weil nicht alle Richter es richtig handhaben können. Sonst könnte man auch die Befragung überhaupt aufgeben, da es wohl ebensoviele Richter gibt — es werden die gleichen sein, die auch einen Eid nicht würdig abnehmen können — die auch die Befragung nicht richtig durchführen können.

5. Es wird weiter gegen den Eid angeführt, daß jetzt, da die gesetzlichen Beweistheorien verschwunden seien und nur die freie Beweiswürdigung durch den Richter herrsche, dem Eid wie auch jeder andern solennen Beteuerung keine Bedeutung mehr zukomme. Denn weder Eid noch eine bürgerliche Bestätigungsformel könnten eine Aussage „beglaubigen" [11]).

Im Gegenteil könne die freie Beweiswürdigung des Richters eher in einem gewissen Sinne gefährdet werden, weil in manchen Fällen es vorkommen könne, daß der Richter Bedenken über seine Zweifel an der Darstellung eines Vorganges, wie er vom

---

[9]) Gmelin, Zur Psychologie der Aussage, mit einem Anhange über die gesetzliche Beseitigung des Zeugeneides (1909), S. 73.

[10]) Sachse, in GA **74** 2. Bertoni in StenBull StR 1932 651, Gautier, in ZStR **14** 24.

[11]) Botschaft, S. 602. Ebenso Oehlert bei Aschrott, Reform des Strafprozesses, (1906) S. 516, wo er die Abschaffung des Eides verlangt, da diesem ohnehin keine formelle Beweiskraft zukomme.

Zeugen beschrieben wird, mit Hinsicht auf den geleisteten Eid unterdrücke[12]).

6. Hier ist festzustellen, daß tatsächlich die Ablegung eines Eides oder einer bürgerlichen Beteuerung der Aussage nach dem Prinzip der freien Beweiswürdigung in den wenigsten Fällen eine größere Beweiskraft zu verleihen im Stande sein wird. Hat der Richter Zweifel in die Glaubwürdigkeit eines Zeugen gesetzt, so wird er von diesen Zweifeln auch nicht geheilt werden, wenn der Zeuge seine Aussage auch noch durch Eid bekräftigt. Insoweit kann dieser Argumentation gegen die Beibehaltung des Eides nichts entgegengehalten werden. Jedoch kann eine feierliche Bestätigungsform in anderer Richtung als der Beglaubigung eine Bedeutung haben. Der Zeuge kann vor der Ablegung eines Falscheides zurückschrecken und entweder vor Ablegung des Eides seine falsche Aussage korrigieren (Konfirmatorischer Eid) oder bei Beeidigung vor der Aussage (promissorischer Eid) sich davor hüten, den Eid durch eine falsche Aussage zu verletzen. Diese Wirkung wird der Eid besonders bei gleichgültigen und bei labilen Naturen haben, die beim Betreten eines Gerichtssaales sich noch nicht entschlossen haben, ob sie die Wahrheit sagen, oder zu Gunsten oder zu Ungunsten des Beschuldigten falsch aussagen wollen.

Damit haben wir aber auch schon den einzigen, aber triftigen Grund, der die Beibehaltung einer solennen Bestätigungsformel rechtfertigt, dargelegt. Die Solennitätsform hat, wie wir schon oben angeführt haben, ohne Zweifel eine gewisse psychologische Wirkung auf eine Großzahl von Zeugen[13]). Und da dem Richter möglichst viele Mittel zur Verfügung stehen sollen, um eine wahrheitsgemäße Aussage zu erhalten, so soll nicht auf das Mittel der solennen Bekräftigung der Aussage verzichtet werden, weil es nicht in allen Fällen wirkt.

Logoz schreibt dazu[14]):

„Cet appel direct à la conscience du témoin — conscience religieuse ou conscience morale, peu importe — je ne prétend pas qu'il soit toujours efficace. Mais il peut l'être, la pratique le démontre à l'évidence. Tel qui mentirait d'un coeur léger, reculera d'un parjure. Et, comme on l'a dit bien avant moi, „eût on

[12]) Stooß, C., Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bes. Teil, III. Band, S. 385/386. Schenker, S. 83. Gautier in ZStR **14** 25/26.

[13]) Botschaft, S. 602.

[14]) Logoz, in ZStR **40** 123.

démontré pour 99 cas sur 100 l'inefficacité de cet appel à la loyauté ...., ce cas unique justifierait amplement le maintien de cet avertissement" (Gautier in ZStR *14* 24)."

7. Am Ende unserer Betrachtungen können wir feststellen, daß vieles gegen die Beibehaltung des Zeugeneides spricht und daß eine Bekräftigungsform allein mit religiöser Formel gar nicht auf alle Zeugen angewendet werden darf. Jedoch können wir als Resultat unserer Ueberlegungen hier feststellen, daß eine solenne Bekräftigung der Aussage, sei es mit bürgerlicher oder religiöser Bestätigungsformel, in manchen Fällen doch die beabsichtigte Wirkung auf die Zeugen haben kann. Und deshalb kommen wir hier zum vorläufigen Schlusse, daß man nicht auf das Mittel der solennen Bekräftigung der Aussage verzichten sollte, sofern nicht die nachfolgenden Betrachtungen über das Problem der promissorischen oder konfirmatorischen Bekräftigungsform zu einem andern Schlusse führen.

II. Voreid oder Nacheid?

1. Wenn man schon im allgemeinen die Tauglichkeit und Zulässigkeit einer solennen Bekräftigungsform der Aussage anerkannt hat, so kommt man weiter zu der Frage, ob diese Bekräftigung promissorischen oder konfirmatorischen Charakter haben soll.

Die promissorische Bekräftigung besteht darin, daß der Zeuge in solenner Form verspricht, die Wahrheit zu sagen und nichts zu verschweigen in seiner künftigen Aussage. Bei der konfirmatorischen Bekräftigung hingegen hat der Zeuge die Aussage bereits hinter sich und bestätigt nun in feierlicher Weise, die Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen zu haben.

2. Zu Gunsten und Ungunsten jeder der beiden Formen ist schon sehr viel geschrieben worden. Manche Autoren messen auch der Frage keinen großen Wert bei, da jede Form mit so vielen Vor- und Nachteilen verbunden sei, daß es nicht darauf ankomme, welche Form man wähle[15]).

Wir möchten die Frage nicht so oberflächlich behandeln. Es sind vielmehr zum Teil praktische, vernehmungstechnische, zum andern Teil Gründe psychologischer Art, die für die eine oder

---

[15]) So z. B. Brettner, GA **36** S. 4 ff. Radlauer, GA **46** 280 ff. Frank in DJZ **4** 142 ff. Auerbach in ZStW **24** 169.

andere Form sprechen, und die doch zu Gunsten des Vor- oder Nacheides so ausschlaggebend sein könnten, daß wir uns für den einen oder andern entscheiden könnten.

3. Für den Voreid führen die meisten Autoren ungefähr die gleichen Gründe an: Der Zeuge werde durch den Voreid stärker beeindruckt. Er erkenne besser die Wichtigkeit der Handlung und seine Verpflichtung zur wahrheitsgetreuen Aussage. Er werde sich unter dem Druck des Voreides seine Aussage besser überlegen und sich eher hüten, unsicheres als sicher auszugeben und seine Erzählung durch Beiträge aus seiner Phantasie zu bereichern. Denn nur der Hinweis des Richters an den Zeugen, er werde eventuell nachher seine Aussage zu beeidigen haben, habe auf den Zeugen lange nicht die Wirkung, wie die vorgängige Bekräftigung. Und dann habe die nachfolgende Bekräftigung den Nachteil, daß der Zeuge, wenn er einmal etwas falsches gesagt, sich in ungeklärten Erinnerungsbildern verloren habe, durch die nachfolgende Bekräftigung doch nicht zur Berichtigung veranlaßt werde. Denn erstens könne sich das einmal gesagte nach den Erfahrungen der praktischen Psychologie leicht zur „Erinnerung" verdichten. In diesem Falle sei eine Berichtigung sowieso ausgeschlossen. Und zweitens werde der Zeuge niemals zugeben wollen, falsch ausgesagt zu haben, er wolle seine Lüge oder auch nur seine Ungenauigkeit nicht öffentlich eingestehen, er werde also bei der Form der nachgehenden Bekräftigung nie eine Berichtigung seiner falschen Aussage infolge einer psychologischen Wirkung dieser Form vornehmen, sondern lieber auch noch den Meineid auf sich nehmen. Bei der vorgängigen Bekräftigung habe hingegen der Richter die Möglichkeit, den Zeugen bei jeder Unsicherheit zu einer Präzisierung und Berichtigung seiner Aussage anzuhalten unter Hinweis auf den geleisteten Eid. Der Zeuge werde auf diese Art leichter zu einer Berichtigung zu bewegen sein, als bei der nachfolgenden Bekräftigung[16]). Gautier fügt noch bei:

„Le serment n'est pas autre chose qu'un avertissement d'une solennité particulière. Or, dans la vie ordinaire, il est d'usage d'avertir avant qu'il soit trop tard, et pour exhorter quelqu'un à bien faire ou à bien dire, on n'attend pas qu'il ait agit ou parlé. La sagesse des nations ne d'éclare-t-elle pas qu'un bon averti en

[16]) Vertreter dieser Ansichten sind besonders Oehlert, S. 530, Seuffert in DJZ **14** 519, Sontag in GA **68** 337, Oetker in DJZ **34** 884.

vaut deux? Je ne vois aucun motif pour rompre ici avec cette règle que le bon sens a dictée“ [17] [18]).

Einen weitern Grund für die Beeidigung vor der Aussage führt Abegg [19]) an: Schon um die Feierlichkeit des Eides zu wahren, müsse man darauf ausgehen, ihn möglichst wenig anzuwenden. Wenn das Gesetz aber an Stelle des Voreides den konfirmatorischen Eid setze, so könne es vorkommen, daß man den Zeugen schon beeidigt habe, wenn er zu einem weitern wichtigen Punkt noch einmal zu vernehmen sei. Dann müsse man nachher, nach dieser zweiten Aussage, den Zeugen noch einmal vereidigen. Bei dem promissorischen Eid könne hingegen dieser Fall nie eintreten.

4. Zu Gunsten der der Aussage nachgehenden Bekräftigung werden ebenfalls verschiedene Gründe geltend gemacht.

Einmal besteht bei der konfirmatorischen Form der Eidesleistung die Möglichkeit, dieselbe gar nicht vorzunehmen, wenn nach dem Inhalte der Aussage eine Bekräftigung nicht verlangt wird infolge der Unwesentlichkeit derselben. Dies ist ohne Zweifel ein überragender Vorteil dieser Form. Denn das Gericht wird in den meisten Fällen erst dann über die Notwendigkeit einer Bekräftigung entscheiden können, wenn der Inhalt der Aussage bekannt ist. Mit der promissorischen Bekräftigungsform müßte also zugleich die Bestimmung aufgestellt werden, daß die Bekräftigung immer, von jedem Zeugen verlangt werden müsse, was zu vielen unnötigen Eidesleistungen führen würde. Der Nacheid — immer vorausgesetzt, daß man eine feierliche Bekräftigungsform überhaupt als notwendig erachtet — ist daher eine praktische Notwendigkeit [20]).

Ein weiterer Grund bildet der, daß mit der Entwicklung der modernen Ideen, und hauptsächlich derjenigen vom Individualis-

---

[17]) Gautier, in ZStR **14** 41. Ganz ähnlich auch Logoz, in ZStR **40** 124.

[18]) In den Beratungen der eidgenössischen Räte sprachen sich Evéquoz und Bundesrat Häberlin ebenfalls für den Voreid aus. Vgl. StenBull StR **1932** 650 und 652.

[19]) Abegg, S. 34.

[20]) Bertoni führte im Ständerate bei der Behandlung dieser Frage folgendes aus (StenBull StR **1932** 651): „Io ritengo, che la potenza suggestiva del giuramento si manifesta meglio quando il giuramento sia richiesto sopra quel dato particolare da cui dipende il processo. ... Ciò mette il testimonio contro il muro, per così dire, lo obbliga a concentrare maggiormente la sua attenzione ed il suo esame di coscienza su quel determinato particolare che può consistere in un nome, un aggettivo, un avverbio, ma da cui tutto il prozesso può dipendere...“.

mus, auch im Strafrecht und Strafprozeß eine größere Anpassung an die Einzelpersonen gefordert wird und deshalb jede Schematisierung auf Widerstand stößt. Nun könnte aber der Voreid nicht anders als schematisch durchgeführt werden, wie wir schon oben ausgeführt haben. Denn jeder Zeuge müßte die promissorische Bekräftigung leisten, auch wenn seine Aussage nachher nur von ganz unwesentlichem Inhalte wäre. Anders aber bei der der Aussage nachgehenden Bekräftigung. Hier ist es möglich, nicht nur, wie wir schon oben gezeigt haben, auf den Inhalt der Aussage abzustellen, sondern es kann auch auf die Individualität — selbstverständlich nicht für sich allein, sondern in Verbindung mit dem Inhalte der Aussage — des Zeugen Rücksicht genommen werden [21]).

Es wird gegen die vorgängige Bekräftigung auch angeführt, daß der Eid den Zeugen erfahrungsgemäß in einen solchen Zustand von Unruhe und Erregung versetze, daß es leicht geschehe, daß er seine Darstellung nicht mit der nötigen Ruhe und Klarheit geben könne, die erwünscht seien. Entgegen den Vertretern der promissorischen Form erklären die Verfechter der konfirmatorischen, der Zeuge werde sich leichter zu einer Berichtigung seiner Aussage bewegen lassen, wenn er wisse, daß das bisher ausgesagte noch nicht unter den Eid falle [22]).

5. Wenn wir die verschiedenen Vor- und Nachteile von promissorischer und konfirmatorischer Form einander gegenüber stellen, so müssen wir aus psychologischen Gründen und vom Standpunkte des Zeugen aus dem Voreid den Vorzug geben. Denn nur er bietet für den Zeugen die Garantien, die wir für ihn unbedingt verlangen müssen. Denn bei der Form der konfirmatorischen Beeidigung ist der Zeuge keineswegs geschützt. Wenn Schultz [23]) vom Voreid als einer Mausefalle spricht, so kann dieser Ausdruck u. E. ebensogut für den Nacheid verwendet werden. Denn was ist es praktisch anderes als eine solche, wenn der Richter in geschäftsmäßigem, leierhaftem Tone den Zeugen darauf aufmerksam macht, daß er eventuell nachher seine Aussage zu bekräftigen haben werde, ihn dann ruhig erzählen läßt, und plötzlich bei einem ihm wichtigen Punkte über den Zeugen her-

---

[21]) Vgl. als Verfechter des Nacheides: Hassenstein in DJZ **14** 73. Steidle, in ZStRW **29** 829. Windelband in DJZ **4** 163.

[22]) Vgl. hier hauptsächlich Kulemann, Die Eidesfrage, (1904), S. 69.

[23]) Schultz in Lp. Z. **22.** (1928), S. 1993/1994. (Nach Boehringer).

fällt mit den Worten: „Beeidigen Sie mir das!“ und damit die Mausefalle zuklappt für den Zeugen, der sich vielleicht gerade in diesem Punkte ungenau ausgedrückt hat. Denn wenn ihm das zum Bewußtsein kommt, so wird er in den wenigsten Fällen nun plötzlich, statt die Bekräftigung zu leisten, den gereizten Richter mit Berichtigungen hinhalten wollen. Der verständige Richter sollte den Zeugen in solchen Fällen vor der Eidesablegung noch einmal zur Wahrheit ermahnen.

Nach unserer Ansicht käme also nur eine promissorische Bekräftigungsform in Frage vom psychologischen und vom Standpunkte des Zeugen aus. Wie wir jedoch gesehen haben, kann vom praktischen Standpunkte aus nur die konfirmatorische Form in Frage kommen, da sonst viel zu viele unnötige Eidesleistungen stattfinden würden, was die Wirksamkeit einer Bekräftigung wieder stark vermindern würde. Und gerade die Folgen dieser allzu häufigen Eidesleistungen wollte man in Deutschland durch die Eidesreform beseitigen. Daher, da sich diese zwei gegensätzlichen Forderungen in der Gestaltung der Eidesform unnachgiebig gegenüberstehen, ergibt sich für uns der Schluß, daß es bei dieser Sachlage besser ist, von jeder feierlichen Bekräftigungsform Abstand zu nehmen. Denn bei beiden Formen sind die Mißstände derart, sei es von der psychologischen oder von der praktischen Seite aus gesehen, daß die Rechtspflege eher auf die Vorteile, die sie in einzelnen Fällen von einer feierlichen Bekräftigung hätte, verzichten soll, als jene Mißstände in Kauf nehmen.

B. DIE REGELUNG IM BUNDESSTRAFPROZESS.

III. Entstehungsgeschichtliches zu den Bestimmungen über Eid und Handgleübde.

1. Die Botschaft des Bundesrates stellte verheißungsvoll fest, daß die wichtigste Neuerung beim Zeugenbeweis die Abschaffung des Zeugeneides sei[24]). In Uebereinstimmung mit der Militärstrafgerichtsordnung, den Strafprozeßgesetzen von Zürich, Bern, Schaffhausen und Solothurn, der bernischen Zivilprozeßordnung, sowie dem Basler Entwurf habe der Entwurf von der Beeidigung der Zeugen Umgang genommen, wie auch Art. 271 des Strafgesetzentwurfes nicht mehr die Eidesverletzung, sondern die

[24]) Botschaft, S. 602.

falsche Beweisaussage unter Strafe stelle. Da Art. 49 BV die Gewissensfreiheit garantiere, könne daher eine religiöse Eidesformel nicht von jedermann gefordert werden. Auf den ungläubigen Zeugen mache der Eid keinen Eindruck und bilde nur eine leere Formel, und der Gläubige empfinde den Eid oft als einen Zwang. Es sei auch Umgang genommen worden davon, den Eid durch eine bürgerliche Bestätigungsformel (Handgelübde) zu ersetzen, ähnlich wie sie im Kanton Thurgau und im Basler Entwurf bestehe. Und zwar sei davon Umgang genommen worden, obwohl die psychologische Wirkung einer gewissen Solennitätsform auf viele Zeugen nicht bestritten werden solle. Aber auch die bürgerliche Bestätigungsformel „beglaubige" die Aussage ebensowenig wie der Eid. Und die freie Beweiswürdigung bestehe auch für die unter einem Handgelübde abgegebene Aussage. Der Staat dürfe vom Zeugen auch ohne eine Bestätigungsformel eine wahrheitsgetreue Aussage verlangen. Um den Zeugen zur Wahrhaftigkeit anzuspornen, solle ihn der Richter nach dem Entwurf zur Wahrheit ermahnen und auf die Strafe des falschen Zeugnisses aufmerksam machen [25]).

2. Nach dieser u. E. tatsächlich triftigen Begründung der Abschaffung des Zeugeneides hätte man erwarten dürfen, daß sich die Räte derselben anschließen würden. Es sollte jedoch nicht sein. Auf Vorschlag der Kommission des Ständerates hin wurde zuerst der Zeugeneid von diesem Rate wieder in das Gesetz aufgenommen [26]).

Béguin, der Berichterstatter der Ständeratskommission, führte dazu folgendes aus [27]):

„Animée des sentiments différents de ceux exposés dans le message, la grande majorité de votre commission n'a pu, dans le domaine de la preuve testimoniale, se résoudre à la suppression complète du serment et de tout acte équivalant. Respectueuse de la liberté de conscience garantie par l'art. 49 de la Constitution Fédérale, elle ne saurait admettre que l'on argumente de ce

---

[25]) Auch Stooß stellt lakonisch fest (ZStR **35** 221): „Die wichtigste Neuerung (des Entwurfes über die Gestaltung der Zeugeneinvernahme) ist die Aufhebung des Zeugeneides, die nach dem Vorgang der Militärstrafgerichtsordnung nicht mehr weiter zu erörtern ist. Der Eid des Gläubigen ist ein religiöser Zwang; Der Eid des Ungläubigen ist eine Verhöhnung der Religion".

[26]) StenBull StR 1932 648. Stämpfli zu Art. 86 BStP.

[27]) Wir legen Wert darauf, die Begründung der Kommission hier im Wortlaut wiederzugeben, da die Probleme, mit denen sich die Kommission auseinandergesetzt hatte, sich so am besten zur Darstellung bringen.

principe constitutionnel pour renoncer, de façon absolue, à solenniser les témoignages devant les tribunaux. La loi de 1851 ne s'est pas révélée mauvaise sur ce point; à notre sens, il n'y a pas motif de s'écarter, dans ce domaine, d'une conception traditionnelle qui demeure saine et digne de respect. Le fait que, lors de l'élaboration d'autres lois, on a cru devoir se placer à un point de vue différent, ne crée pas une situation telle qu'il nous soit interdit de préférer présentemment une solution autre, si après nouvel examen, nous la jugeons meilleure. Nous persistons à estimer que, devant les tribunaux civils et de l'ordre pénal, — qu'il ne faut pas confondre avec les tribunaux militaires, où règne une discipline spéciale — un appel direct et solonnel à la conscience morale se justifie entièrement. Il est du devoir de l'état de chercher à maintenir intacte la haute signification de certains actes et de certains notions. Or, malgré la législation de quelques cantons, nous envisageons que l'on doit faire rentrer au nombre de ces actes et de ces notions, le serment ou la promesse solonnelle en matière judiciaire. Pourquoi ne plus instituer, à l'égard d'une personne entendu par une autorité de justice, ce que l'on réclame encore, à bon droit, des membres des trois pouvoirs constitutionnels du pays? N'exige-t-on pas également de nombre d'employés des services publics — chemin de fer, douane, etc. — qu'ils soient assermentés avant d'entrer en fonction? Et récemment, dans un arrêté de mobilisation militaire du 12 novembre 1932, le conseil fédéral n'a-t-il pas ordonné l'assermentation des troupes chargées à concourir au maintien de l'ordre et de la sécurité? — Nous approuvons toutes ces mesures. Mais puisqu'elles ont leur raison d'être, on aurait tort d'abandonner le serment testimonial au moment de légiférer sur le terrain délicat de l'administration de la justice. — D'après le message lui-même, une certaine solennité exerce incontestablement une action psychologique sur de nombreux témoins. Puis, heureusement, pour une très grande quantité d'habitants du territoire suisse, une invocation de la divinité pour attester la vérité de leurs dires, n'est pas une formalité vaine. Elle est même un puissant moyen moral d'action pour ceux qui on gardé la foi. A l'égard des autres, infiniment respectables d'ailleurs, la laïcisation du serment, par la promesse solennelle, est une formule efficace, sauvegardant le principe fondamentale de l'égalité au prétoire de tous les justiciables".

Auf diesen Antrag hin beschloß der Ständerat, die feierliche Bekräftigung der Zeugenaussage in das Gesetz aufzunehmen, und zwar sowohl in Form der religiösen Eidesformel, als auch in der bürgerlichen Form des Handgelübdes. Der Nationalrat stimmte diesem Beschluß des Ständerates diskussionslos zu.

IV. Die Ausgestaltung im Gesetz. Eid und Handgelübde.

1. In der Regel sollen die Zeugen nicht zu Eid oder Handgelübde angehalten werden. Das Gericht wird von sich aus das nur tun, wo der Zeuge in seiner Aussage schwankend ist, um ihn zur letzten Konzentration seines Willens, die Wahrheit zu sagen, zu veranlassen. Wie wir gesehen haben, ist zwar dieses Vorgehen psychologisch nicht richtig. Denn nur in den allerseltensten Fällen wird ein Zeuge in einer solchen Lage sich bloßstellen und von einer einmal gemachten Aussage zurücktreten und sie berichtigen. Er wird sich durch das Verlangen des Richters, seine Aussage zu bekräftigen, allerdings in die Enge getrieben sehen, doch gerade bei den schwankenden Naturen, um die es sich hier handelt, wird es aus einer solchen Situation nicht zwei Auswege — Berichtigung der Aussage oder falsche Bekräftigung —, sondern nur einen Ausweg geben: Die falsche Bekräftigung. Denn dieser letztere Ausweg muß dem Zeugen als der Weg in einen vorläufig — vielleicht auch fortdauernd, und das glaubt jeder Zeuge in solcher Situation — sichern Hafen erscheinen, während der andere Weg — Berichtigung der Aussage — unmittelbare Bloßstellung zur Folge hätte: Er würde direkt zum Pranger führen.

Die andere Gefahr, die hier entsteht in diesen Fällen, wo der Richter einen schwankenden Zeugen durch Abnahme der Bekräftigung zu einem sicher aussagenden machen will, besteht wie schon erwähnt darin, daß der Richter dann, statt dem Prinzip der freien Beweiswürdigung folgend, sich nur auf seine innere, von allen Aeußerlichkeiten unabhängige Ueberzeugung zu verlassen, nicht mehr auf seine Zweifel an der Darstellung des Zeugen achtet, sondern sich auf die Aussage des Zeugen verläßt, wenn er die Bekräftigung abgelegt hat.

Wie das Gericht von sich aus den Zeugen zur Bekräftigung seiner Aussage anhalten kann, so kann dies auch auf Antrag einer

Partei geschehen. Eine Partei, und hauptsächlich die Verteidigung, wird meistens nur in zwei Fällen den Antrag stellen, der Zeuge habe seine Aussage zu bekräftigen.

Wenn es sich um einen Zeugen handelt, der zu Gunsten des Angeklagten aussagt, so wird der Verteidiger die Bekräftigung der Aussage verlangen, um derselben dadurch mehr Gewicht zu verleihen und so den Richter das Prinzip der freien Beweiswürdigung vergessen zu lassen. Der Richter soll durch dieses Manöver veranlaßt werden, nun selbst an seine Ueberzeugung zu glauben, die aber vorher vielleicht gar noch nicht vorhanden war.

Der andere Fall liegt dann vor, wenn die Verteidigung verlangt, daß ein Zeuge seine Aussage bekräftigt, die dem Beschuldigten ungünstig lautet. Diesen Antrag kann die Verteidigung aus zwei Gründen stellen: Entweder ist sie in den oben beschriebenen psychologischen Fehler verfallen und glaubt nun, der Zeuge berichtige seine Aussage vor Ablegung des Eides oder Handgelübdes. Diese Berichtigung war natürlich im Sinne einer günstigeren Darstellung eines Vorganges für den Angeklagten erhofft. Oder dann stellt der Antrag der Verteidigung nichts als einen Racheakt gegenüber dem falsch, zu Ungunsten des Angeklagten aussagenden Zeugen dar. Dies nämlich dann, wenn die Verteidigung die Beweise in den Händen hat, daß der Zeuge falsch aussagt. Dadurch, daß sie diesem Zeugen noch zur Bekräftigung seiner Aussage anhalten läßt, erwirkt sie für ihn eine strengere Bestrafung.

Wenn man diese möglichen Fälle betrachtet, wo eine Partei — wir haben bis jetzt nur von der Verteidigung gesprochen, um auch den zuletzt beschriebenen Fall heranziehen zu können — die Bekräftigung der Aussage durch den Zeugen verlangt, so kommt man notgedrungen zur Ansicht, daß es besser gewesen wäre, wenn man den Parteien dieses Recht der Antragstellung nicht gegeben hätte. Denn in allen Fällen entbehrt die auf den Antrag erfolgende Bekräftigung der erhofften Wirkung, oder dann werden damit Zwecke verfolgt, die nicht mit der ratio des Gesetzes übereinstimmen. Man wird dem entgegenhalten, daß es das Gericht immer noch in der Hand habe, die Bekräftigung des Zeugen zu verlangen oder nicht in solchen Fällen. Nach Art. 86 BStP trifft dies zu; das Gericht wird jedoch nicht wissen, aus welchen inneren Beweggründen jeweilen diese Anträge auf Bekräftigung der Aussage gestellt werden.

2. a) Art. 87 BStP bestimmt, daß die Zeugen in der Regel nur in der Hauptverhandlung zu Eid oder Handgelübde angehalten werden sollen. Ausnahmsweise kann ihnen aber auch schon vorher die Pflicht zur Bekräftigung der Aussage auferlegt werden, wenn die Vernehmung in der Hauptverhandlung nicht möglich oder besonders erschwert sein würde.

b) Die Fälle, wo eine Vernehmung in der Hauptverhandlung nicht möglich sein wird, werden sich decken mit den in Art. 164, Abs. 2 BStP erwähnten Fällen, wo ein Verlesen des Protokolles aus der Voruntersuchung in der Hauptverhandlung gestattet ist[28].

Unter die zwingenden Gründe des Art. 164, Abs. 2 sind aber auch diejenigen zu stellen, wo die Vernehmung in der Hauptverhandlung besonders erschwert sein wird.

Als solcher Fall kann einmal in Betracht kommen, wenn der Zeuge eine große Entfernung zurückzulegen hätte, um zur Hauptverhandlung zu erscheinen. Nach deutschem Rechte ist aber nicht nur die große Entfernung allein ein solcher Grund, sondern die Zulässigkeit der Beeidigung in der Voruntersuchung und der Verzicht auf die Vernehmung in der Hauptverhandlung ist danach schon gegeben, wenn dem Zeugen das Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen des damit verbundenen Zeitverlustes oder wegen der Schwierigkeit der Verkehrsverhältnisse nicht zugemutet werden kann[29]. Der Begriff des „zugemutet werden können" soll nach der Amtlichen Begründung[30] auch das Moment der Wichtigkeit der Aussage des betreffenden Zeugen enthalten. Danach soll nur dann der Fall eintreten, wo der Zeuge in der Hauptverhandlung wegen des damit verbundenen Zeitverlustes nicht zu erscheinen braucht, wenn dies sich auch mit der Wichtigkeit seiner Aussage verträgt, d. h. wenn der Inhalt seiner Aussage nicht so wichtig ist, daß seine Anwesenheit in der Hauptverhandlung unentbehrlich wäre und durch seine Abwesenheit das Prinzip der Unmittelbarkeit in wesentlichem Maße verletzt würde.

U. E. können diese Grundsätze auch für den BStP Anwendung finden, allerdings vorsichtigerweise in restriktiver Auslegung der angeführten Begriffe.

---

[28]) Es wird verwiesen auf die Erörterung dieser Fälle in § 3 Ziff. I hiervor.
[29]) Art. I, § 66 des Eideinschränkungsgesetzes.
[30]) Nach Löwe, Anm. 1 zu Art. I, § 66 des Eideinschränkungsgesetzes.

c) Die Bestimmung des Art. 87 BStP ist aus der Ueberlegung des Gesetzgebers hervorgegangen, daß möglichst eine mehrmalige Bekräftigung der Aussage durch einen Zeugen in dem gleichen Verfahren zu vermeiden sei. Dies schon aus den Gründen, welche überhaupt schon für eine Einschränkung wenn nicht völlige Abschaffung einer feierlichen Bekräftigungsform sprechen. Nach dem Prinzip der Unmittelbarkeit kommt es auf die Aussage des Zeugen in der Hauptverhandlung an. Daher auch die Bestimmung, daß der Zeuge die Bekräftigung der Aussage womöglich in der Hauptverhandlung vorzunehmen habe, wenn sie schon von ihm verlangt werde. Auch hier könnte die Frage geprüft werden, ob nicht besser der Zeuge seine Aussage in der Voruntersuchung zu bekräftigen hätte, da wir doch früher festgestellt haben, daß dieser Aussage eigentlich größerer Beweiswert zukommt. Was den Zeugen anbetrifft, hätte diese Regelung sicher ihre Berechtigung, denn er würde dann auch etwas bekräftigen, dessen er sich noch besser erinnert als dann im spätern Zeitpunkt der Hauptverhandlung. Doch vom Prinzip der Unmittelbarkeit aus, dessen Bedeutung hier überwiegt, steht eine solche Frage nicht zur Diskussion.

V. Form des Eides und des Handgelübdes.

1. Die Abnahme des Eides geht im BStP folgendermaßen vor sich [31]): Der Präsident spricht dem Zeugen die Formel vor [32]):

„Ich schwöre, daß ich nach bestem Wissen die Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen habe". Der Zeuge, indem er die rechte Hand erhebt, spricht darauf die Worte:

„Ich schwöre es, so wahr mir Gott helfe".

An dieser Formel ist rein redaktionell auszusetzen, daß sie widersinnig ist, so wie sie nach dem Gesetz dem Zeugen vorgesagt werden soll. Nach dem Gesetz soll der Präsident dem Zeugen die Formel vorsprechen. Und zwar ist die Formel so gefaßt, daß sie der Zeuge auch nachsprechen sollte. Denn was

---

[31]) Art. 86, Abs. 2 BStP.

[32]) Nach der allgemeinen Terminologie würde man hier von „Eidesnorm" und nicht von „Eidesformel" sprechen. Vgl. Löwe, N. 1 zu Art. I, § 66 c des Eideinschränkungsgesetzes. „Eidesnorm" bedeutet danach das, was den Gehalt des Eides ausmacht, das was der Zeuge beschwören soll. „Eidesformel" wird danach das benannt, was der Zeuge selbst ausspricht, das „Ich schwöre es, so wahr mir Gott helfe".

hätte es sonst für einen Sinn, diese Formel in der Ich-Form, in der ersten Person Singular dem Zeugen vorzusprechen? Der Präsident selbst soll doch nicht schwören. Der alte BStP macht diesen Fehler nicht. Offenbar wurde die Ich-Form aus dem Bundeszivilprozeß übernommen, wo sie aber richtig angewendet wird, denn dort spricht der Zeuge dem Präsidenten die ganze Norm nach[33]).

Diese Eidesformel ist insofern religiös, als der Eid, den der Zeuge ausspricht, unter Anrufung Gottes erfolgt. Die Eidesnorm, die der Zeuge beschwört, nachdem sie ihm der Präsident vorgesprochen hat, hat an und für sich keinen religiösen Charakter. Denn im Worte schwören selbst liegt, wie wir schon festgestellt haben, kein religiöses Moment[34]).

2. Die Eidesnorm und das Wort „schwören" hätten daher auch für das Handgelübde verwendet werden können. Der Gesetzgeber hat das aber wohl absichtlich nicht getan. Denn dann hätte der Unterschied zwischen Eid und Handgelübde nur noch darin bestanden, daß beim Handgelübde bei der Schwurformel der Nebensatz „so wahr mir Gott helfe" weggefallen wäre. Es wurde jedoch wie gesagt absichtlich vermieden, Inhalt und Formel des Handgelübdes der Eidesnorm und der Eidesformel so ähnlich zu gestalten. Denn da der Nichtgläubige schon zu einem „Vernunfteid" angehalten werden soll, wollte man ehrlicherweise nicht wieder eine dem religiösen Eid so ähnliche Form schaffen, daß ein eventueller Effekt dieses Vernunfteides doch wieder dem Rest von religiösem Empfinden, der auch noch im Ungläubigen steckt, zuzuschreiben wäre[35]). Der BStP weist deshalb eine sehr nüchterne Form des Handgelübdes auf[36]):

„Das Handgelübde wird in der Weise abgenommen, daß der Präsident dem Zeugen die Formel vorspricht:

„ „Ich gelobe unter Berufung auf die Pflicht zur Wahrheit, daß meine Aussage richtig und vollständig ist" ".

---

[33]) Eidesnorm und Eidesformel decken sich im Bundeszivilprozeß, vgl. Art. 143, Abs. 2 daselbst.

[34]) Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 331, Anm. 18.

[35]) Vgl. Thormann, Erläuterungen, S. 6, wo er feststellt, daß der bürgerliche Eid des bernischen Zivilprozesses (vor 1918) seinen Einfluß auf die Mehrzahl der Zeugen aus seiner Verwandtschaft und Namensgleichheit mit dem religiösen Eid ableite. Das sollte eben beim Handgelübde des BStP vermieden werden.

[36]) Mit der Einführung des Handgelübdes als Bekräftigungsform wurde der Forderung der „laicisation du serment" Rechnung getragen. Vgl. Logoz, ZStR **40** 123, und nach Logoz: Garraud, Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, **2** 69/70.

worauf der Zeuge dem Präsidenten die rechte Hand reicht mit den Worten:

„„Ich gelobe es“ “ “.

Die Form des Handgelübdes ist so nüchtern, daß man sich fragt, ob ihr noch genügend Feierlichkeit innewohnt, um dadurch eine Wirkung auf den Zeugen hervorzubringen. Denn rein nur mit der Vernunft soll hier auch nicht auf den Zeugen eingewirkt werden. Das geht daraus hervor, daß überhaupt die Form des Handgelübdes gewählt wurde. Denn was hier durch die Form des Handgelübdes vorgenommen wird, ist eigentlich nichts anderes, als eine Wiederholung der Ermahnung zur Wahrheit in feierlich sein sollender Form, wobei der Zeuge angehalten wird, etwas zu versprechen, wozu er von Gesetzes wegen schon verpflichtet ist. Aber dieser Form wird Nachdruck verliehen durch die strengere Bestrafung, wenn die Wahrheitspflicht verletzt werden sollte, nachdem das Gelübde abgelegt worden ist[37]).

Durch die nüchterne Gestaltung des Handgelübdes hat es der Gesetzgeber vollständig in die Hand des Gerichtspräsidenten gelegt, die nötige Würdigkeit und Feierlichkeit bei der Abnahme zu schaffen, um überhaupt auf den Zeugen einzuwirken. Die Abnahme des Handgelübdes ist ein Appell an die Ehre des Zeugen, und da dies nicht ausdrücklich gesagt ist in der Formel des Handgelübdes, so soll der Gerichtspräsident durch seine Haltung dem Ausdruck geben[38]).

VI. Zeugen, die nicht zu einer Bekräftigung ihrer Aussage angehalten werden dürfen.

1. Der Kreis der Personen, denen weder Eid noch Handgelübde auferlegt werden darf, deckt sich nicht mit demjenigen, der die Personen, die ein Zeugnisverweigerungsrecht genießen, umschließt. Diese Personen bilden nur eine der Kategorien, die

---

[37]) So nach Art. 271, Abs. 2 des Entwurfes zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch.

[38]) Nach Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuches wird es ratsam sein, wenn der Gerichtspräsident den zu vereidigenden Zeugen darauf aufmerksam macht, daß die falsche Aussage, die noch durch Eid oder Handgelübde bekräftigt ist, noch strenger geahndet wird als die unbekräftigte. Dadurch wird eine Erhöhung der Wirkung der Bekräftigung erzielt werden.

der Gesetzgeber gebildet hat, um sie von der Bekräftigungspflicht auszunehmen.

Die Gründe, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, diese Ausnahmen von der Bekräftigungspflicht zu schaffen, werden bei der Besprechung der einzelnen Kategorien dargetan werden.

2. Die einzelnen Kategorien der Zeugen, die nicht zu einer Bekräftigung ihrer Aussage angehalten werden dürfen, stellen sich folgendermaßen dar:

a als erste Kategorie bezeichnet das Gesetz diejenigen Personen als privilegiert, denen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Wir treten hier nicht mehr auf die Bestimmung dieser Personen ein, sondern verweisen auf den ersten Abschnitt dieser Arbeit.

Es bleibt uns übrig, festzustellen, daß die Ausnahme von der Bekräftigungspflicht immer nur soweit geht, wie das Zeugnisverweigerungsrecht. Als Beispiel wären hier die Berufspersonen anzuführen. Ihr Recht zur Verweigerung der Aussagebekräftigung bezieht sich selbstverständlich auch nur auf Tatsachen, die ihnen in Ausübung ihres Berufes anvertraut worden sind. Und nur wenn eine Berufsperson trotz ihres Zeugnisverweigerungsrechtes aussagt über solche Tatsachen, so kann sie nachher auch die Bekräftigung verweigern.

Es taucht nun die Frage auf, ob diese Ausnahme von der Bekräftigungspflicht berechtigt ist. Denn wenn der Zeuge schon auf sein Aussageverweigerungsrecht verzichtet, warum soll dann auf eine Bekräftigung dieser Aussage von Seiten des Gerichtes verzichtet werden? Werden von der Rechtspflege weniger große Ansprüche inbezug auf die Wahrheitstreue gestellt, wenn es sich um die Aussagen von Zeugen handelt, die nicht verpflichtet waren, diese Aussagen zu machen? U. E. wäre das Gegenteil hier am Platze. Wenn man dem Zeugen schon ein Zeugnisverweigerungsrecht gibt und er davon keinen Gebrauch macht, so sollte er dann nicht weniger hart bestraft werden [39]) (weil er die falsche Aussage nicht auch noch bekräftigen muß), wenn er die Möglichkeit, trotz seines Zeugnisverweigerungsrechtes auszusagen, dazu benützt, die Rechtspflege auf Irrwege zu führen.

Wir würden de lege ferenda den Satz aufstellen, daß ein zeugnisverweigerungsberechtigter Zeuge, der aber auf sein Recht

---

[39]) Art. 271, Abs. 2 des Entwurfes zu einem Schweiz. StGB.

verzichtet, im Umfange seiner Aussage auch zur Bekräftigung derselben angehalten werden können sollte[40]).

Wenn auch schon für die Angehörigen des Beklagten und für den Zeugen, der aus Art. 79 BStP (Zeugnisverweigerungsrecht zum Schutze des Zeugen selbst und seiner Angehörigen) ein Zeugnisverweigerungsrecht genießt, ein Recht zur Verweigerung der Bekräftigung zugestanden wird, wie dies im deutschen Rechte geschieht, so ist immer noch nicht einzusehen, warum der BStP dieses Recht auf alle zeugnisverweigerungsberechtigten Personen ausgedehnt hat. Vielleicht ist dies auf einen Irrtum zurückzuführen, der darin bestanden hätte, daß der Redaktor des heutigen Art. 86 BStP die Berufspersonen nicht als zeugnisverweigerungsberechtigt betrachtete, wie dies nach dem Entwurfe der Fall war, sofern diese Personen von der Geheimhaltungspflicht entbunden waren. — Es läßt sich keine Begründung finden, die Berufspersonen inbezug auf das, was sie freiwillig, unter Verzicht auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht aussagen, von der Bekräftigungspflicht auszunehmen.

b) Als zweite verweigerungsberechtigte Kategorie hat der BStP die Personen im Alter unter achtzehn Jahren bezeichnet. Es fragt sich, ob hier ein absolutes Verbot für den Richter besteht, eine Aussagebekräftigung abzunehmen. Man könnte sagen, daß eine jüngere Person, die die Bedeutung des Eides und des Handgelübdes erfaßt hat, nach der ratio legis doch sehr wohl zu einer der Bekräftigungsformen angehalten werden könnte. Dies gilt insbesondere für die religiöse Bekräftigungsform, da nach ZGB das Kind mit dem vollendeten sechzehnten Altersjahre in religiöser Beziehung mündig ist[41]), und also auch über die Bedeutung des religiösen Eides im Klaren sein sollte. Jedoch scheint aus der Bestimmung des BStP hervorzugehen, daß der Gesetzgeber dem Gericht die schwierige und zeitraubende Untersuchung, ob der jugendliche Zeuge die Bedeutung einer Bekräftigungsform erfaßt

---

[40]) Auch die deutsche StPO macht eine Ausnahme von der Bekräftigungspflicht, jedoch nur in den Fällen, wo ein Angehörigenverhältnis vorliegt, und stellt dann hier die Entscheidung ins Ermessen des Richters, ob eine Beeidigung vorzunehmen ist oder nicht, sofern die betreffenden Zeugen sich zu einer Beeidigung ihrer Aussage bereit erklären. Vgl. Art. I, § 61, Ziff. 3 und § 63 des Eideinschränkungsgesetzes. Auch die aarg. StPO privilegiert von den zeugnisverweigerungsberechtigten Personen nur die Angehörigen des Angeklagten durch das Recht der Eidesverweigerung. § 288 b in Verbindung mit § 223 der aarg. StPO.

[41]) Art. 277, Abs. 3 ZGB.

habe, ersparen und auf alle Fälle vermeiden wollte, daß ein Jugendlicher zur Aussagebekräftigung angehalten werden könnte, der die Bedeutung derselben doch nicht richtig erfaßt hätte. Deshalb muß hier ein absolutes Verbot der Aussagebekräftigung angenommen werden.

c) In der dritten Kategorie von Zeugen, denen weder Eid noch Handgelübde auferlegt werden darf, führt der BStP die „Urteilsunfähigen, sowie Personen, die an großer Schwäche des Wahrnehmungs- oder des Erinnerungsvermögens leiden", an.

Auch hier handelt es sich um ein absolutes Verbot, diesen Personen eine Bekräftigung ihrer Aussage aufzuerlegen. Jedoch hat hier das Gericht die Pflicht, zu untersuchen, ob diese Geisteszustände, wie sie in Art. 86, Ziff. 3 angeführt sind, wirklich vorhanden sind. Im Zweifel wird das Gericht im Sinne der Nichtbekräftigung entscheiden, um den Zeugen nicht eventuell noch in einen größeren Gewissenskonflikt zu bringen, als er schon durch die Aussagepflicht versetzt worden ist.

Der Gesetzgeber ist hier aber von der falschen Ueberlegung ausgegangen, daß die Zeugen mit ihrer Bekräftigung bekunden müßten, daß ihre Aussagen objektiv richtig seien. Da die Bekräftigung aber nur eine feierliche Versicherung sein soll, daß die Aussagen den subjektiven Wahrnehmungen, soweit sie in der Erinnerung der Zeugen noch vorhanden sind, entsprechen, so ist dieses Bekräftigungsverbot hier nicht am Platze. Zu dieser Ansicht kommen wir auch bei Betrachtung der deutschen Gesetzgebung und Doktrin. Gerade Beling [42]) wendet sich gegen eine Gestaltung des Eidesverweigerungsrechtes, wie wir es im BStP haben. Er führt aus, daß Nichtbeeidigung im (deutschen) Gesetz bisher nur wegen Verdachts gegen die Wahrhaftigkeit des Zeugen, nicht aber wegen objektiver Unrichtigkeit subjektiv richtiger Aussagen vorgesehen sei. Der Eid müsse aber gerade auch in solchen Fällen verlangt werden, um den Zeugen wenigstens zur subjektiven Wahrheit anzuhalten. Unter einer subjektiv richtigen Aussage wäre dabei zu verstehen eine Aussage, die den tatsächlichen Wahrnehmungen, soweit sie in der Erinnerung des betreffenden Zeugen noch vorhanden sind, entspricht. Im Sinne dieser Ausführungen Belings statuiert deshalb die deutsche StPO nur ein Verweigerungsrecht für Personen, die infolge mangelnder

[42]) Beling, Nichtvereidigung geistig genesener mit Rücksicht auf ehemalige Geisteskrankheit. In Monatsschr. f. Krim. Psych. 1906/1907, Bd. 3, S. 613/615.

Verstandesreife oder infolge Verstandesschwäche vom Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben[43]). Wer aber an großer Schwäche des Wahrnehmungs- oder des Erinnerungsvermögens leidet, hat inbezug auf die Beeidigung die Stellung eines gewöhnlichen Zeugen und kann auf jeden Fall nach deutschem Rechte nicht aus diesem Grunde unvereidigt vernommen werden[44]).

U. E. entspricht diese Ansicht, die durch die deutsche StPO ausgedrückt wird, einer konsequenteren Durchführung der Grundsätze, auf die sich die ganze Bekräftigungslehre stützt, als dies im BStP geschehen ist.

d) Als vierte und letzte Gruppe, die nicht zu einer Bekräftigung der Aussage angehalten werden darf, bezeichnet der BStP die Personen, die durch Strafurteil ihrer politischen Rechte verlustig erklärt worden sind. Aufschluß über Berechtigung oder Nichtberechtigung dieser Ausnahme von der Bekräftigungspflicht gibt uns Gautier[45]):

Das materielle Strafrecht habe hier den Strafprozeß beeinflußt. Wie man wisse, bilde die Unfähigkeitserklärung einer Person, Zeuge zu sein, eine der Formen der „sanction repressive", eine Nebenstrafe zu gewissen Freiheitsstrafen. Man wisse nicht, wie man zu dieser Strafe gekommen sei, deren Anwendung jedenfalls weit in die Vergangenheit zurückreiche. Sicher sei, daß der Gesetzgeber, welcher sie zuerst angewandt habe, sich getäuscht habe, und alle diejenigen, die diese Form der Strafe von ihm übernommen hätten, mit ihm. Eine Strafe könne nur bestehen in dem Entzug eines rechtlichen Gutes, eines Rechtes einer Person. Nun habe aber die Zeugnisablegung absolut nicht den Charakter eines solchen Rechtes. Sie sei nur eine Pflicht und gar nichts anderes. Es sei absurd, die Enthebung von der Zeugnispflicht als eine Strafe zu statuieren. Diese Scheinstrafe könne keine nützliche Wirkung auf den Zeugen ausüben. Aber sie habe im Gegenteil bedauerliche Folgen für dritte. Denn der Zeugnispflicht des Zeugen entspreche auf der andern Seite das Recht der Justiz und der am Prozeß interessierten Personen, die Wahr-

---

[43]) Art. I, § 60, Ziff. 1 des Eideinschränkungsgesetzes.

[44]) In diesem Sinne auch RGSt **34** 283, **53** 137.

[45]) Gautier, in ZStR **14** 28 ff. Gautier spricht zwar von der durch Strafurteil ausgesprochenen Unfähigkeit, Zeugnis abzulegen. Wir können jedoch seine Argumente auch für unser Thema gebrauchen.

heit zu erfahren[46]). Der Irrtum, in den der Gesetzgeber gefallen sei, bestehe darin, daß er in der Zeugnisablegung ein Recht des makellosen Bürgers gesehen habe, ein Recht, dessen Ausübung an die strafrechtliche Integrität gebunden sei, an die offizielle Ehrbarkeit. Nichts aber rechtfertige diese Ansicht. Denn zwischen der Bürgerehre und der Wiedergabe von Vorgängen vor Gericht, zu deren Zeugen der Zufall die betreffenden Personen gemacht habe, bestehe kein Zusammenhang.

Es sei möglich, fährt Gautier fort, daß dieses Mißverständnis hervorgegangen sei aus der Gleichheit der Bezeichnung für den gerichtlichen und den Solennitätszeugen. Bei diesem letztern lasse sich eine Bestimmung, wonach er bei Verlust seiner politischen Rechte diese Funktion nicht ausüben könne, eventuell rechtfertigen, denn er stelle eine rein dekorative Figur dar und könne durch jede beliebige andere Person ersetzt werden, da er nicht wie der gerichtliche Zeuge durch die Umstände geschaffen sei.

Ob man aber diese ihrer politischen Rechte verlustig erklärten Personen vom Zeugnis ausschließe oder nur von der Bekräftigung, wie dies das französische Recht tue, so sei es in jedem Falle unvernünftig. Denn es sehe dann so aus, als ob man zulasse, daß diese Personen nicht mehr die Wahrheit sagen wollen oder können. Man drücke dadurch aus, daß diese Personen diese Fähigkeit erst mit dem Tage der Rehabilitation wiedererlangen.

Richtiger geht auch hier das deutsche Recht vor, indem es nur dann eine Ausnahme von der Eidespflicht macht, wenn der Zeuge schon einmal wegen eines Eidesdeliktes verurteilt wurde. Aber sogar hier ist die Eidesunfähigkeit keine unmittelbare Folge der Verurteilung, sondern sie muß in dem Urteil ausdrücklich ausgesprochen sein[47]).

---

[46]) Diesem Recht der Justiz und der am Prozeß beteiligten Personen würde in unserem Falle das Recht dieser gleichen Subjekte entsprechen, mit allen zulässigen Mitteln diese Wahrheit zu erforschen. Es wird durch die Bestimmung des BStP aber der Justiz und den interessierten Personen eines dieser Mittel zur Wahrheitsforschung entzogen. Und deshalb schadet diese Bestimmung, und der Zeuge wird durch sie nur privilegiert, indem er davor bewahrt bleibt, in eine Lage versetzt zu werden, wo er eventuell einen Meineid begehen könnte.

[47]) Vgl. § 161 des Reichsstrafgesetzbuches, in Verbindung mit Art. I, § 60, Ziff. 2 des Eideinschränkungsgesetzes. Löwe, N. 10a zu § 57.

Aehnlich wie die deutsche StPO auch die aargauische: „Es dürfen nicht beeidigt werden: a) ... d) Personen, die schon einmal wegen Meineid oder falschen Zeugnisses bestraft worden sind; ..." (§ 288 aarg. StPO außer Kraft,

Literaturverzeichnis

(Zugleich Verzeichnis der Abkürzungen).

Abegg, Die Frage über den Zeitpunkt der Vereidigung der Zeugen im strafrechtlichen Verfahren. Leipzig 1864.

Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, zit. BGE.

Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, zit. Sten-Bull (NR = Verhandlungen des Nationalrates, StR = Verhandlungen des Ständerates).

Archiv für Strafrecht und Strafprozeßrecht, begründet von Goltammer, zit. GA.

Beling, Deutscher Reichsstrafprozeß, 1928, zit. Beling.

— Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß, in Strafrechtliche Abhandlungen (Bennecke-Beling) Heft 26, Breslau 1903, zit. Beling, Beweisverbote.

— Nichtvereidigung geistig Gesunder mit Rücksicht auf ehemalige Geisteskrankheit, in Mon. f. Krim. Psych., Bd. 3.

Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechtes, Breslau 1900, zit. Bennecke-Beling.

Blösch, Ein Versuch schweizerischer Kriminalrechtspflege, in ZStR **6** 277.

Boehringer, Margrit, Die Eidesreform in Strafprozeß und Strafrecht, Berlin und Leipzig 1931.

Botschaft des Bundesrates mit Entwurf zu einem Gesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 10. Sept. 1929 (BBl 1929 **2** 575 ff.) Zit. Botschaft (nur mit Seitenzahl), Entwurf.

Deutsche Juristenzeitung, zit. DJZ.

Dohna, Graf zu, Das Strafprozeßrecht, Berlin 1929, zit. Dohna.

Dörner, Der Entwurf eines schweizerischen Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege, in DJZ 1929 1648.

Egger, Kommentar zum ZGB, 2. Aufl.

Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen, zit. RGSt.

Feisenberger, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin und Leipzig 1926.

Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

— Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechtes, Tübingen 1922.

Gautier, Le débat criminel et les essais actuels de réforme, in ZStR **14** 11.

Gerland, Der Deutsche Strafprozeß, Mannheim 1927.

Geyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, Leipzig 1880.

Glaser, Handbuch des Strafprozesses, Bd. I, Leipzig 1883, zit. Glaser.

— Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß. Leipzig 1883. zit. Glaser, Beiträge.

Gmelin, Zur Psychologie der Aussage, Hannover 1909.

Gunzenhauser, Die Beeidigung der Zeugen im Strafprozeß. Diss. Tübingen 1892.

Gutachten der Committierten über die Verbesserung der hiesigen Criminal-Prozeßform, verfaßt von Haller, Bern 1797.

Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Berlin 1926.

Hélie, Traité de l'instruction criminelle, Paris 1866.

Kitka, Beitrag zur Lehre über die Erhebung des Tatbestandes der Verbrechen, Wien 1843.

v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg i. Br. 1892.

Kulemann, Die Eidesfrage, Eisenach und Leipzig 1904.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. III. Tübingen 1913.

Lauterburg, Eidesdelikte, in ZSR **7** 130.

Lienhart, Der Bundesstrafprozeß der Schweiz. Grundriß und Gesetzestext. Zürich 1935.

Logoz, Notes sur quelques problèmes de procédure pénale à propos de divers projets réçents, in ZStR **40** 3 und 113.

Lohsing, Oesterreichisches Strafprozeßrecht, Graz und Wien 1920.

Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Kommentar, 19. Aufl. Berlin und Leipzig 1934, zit. Löwe.

Lüthi, Abschied vom alten Bundesstrafprozeß, in ZStR **49** 31.

— Ueber eidgenössische Strafrechtspflege, in ZBJV **59** 469 und 516.

— Regenerationsbewegung und eidgenössische Strafrechtspflege in ZStR **46** 61.

— Das Kriminalgerichtswesen der Helvetischen Republik im Jahre 1798, in Abh. z. Sch. R. NF Heft 61, 1931.

Mönkemöller, Psychologie und Psychopathologie der Aussage, 1930.

Neumann, Grenzen der Zeugnispflicht im Strafprozeß, Diss. Zürich 1930.

Oehlert, Gestaltung des Beweisverfahrens, in Aschrott, Reform des Strafprozesses, 1906.

Pfenninger, Die Reform der schweizerischen Bundesstrafrechtspflege in ZStR **52** 706.

— Das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 in SJZ **31** 161.

Pfyffer, Kasimir, Anleitung zur Führung von Untersuchungen in Strafsachen, 1. Bd. Zürich 1843.

Plaut, Der Zeuge und seine Aussage im Strafprozeß, Berlin 1931.

Protokolle der Kommissionen des National- und Ständerates zur Beratung des Entwurfes zu einem Gesetz über die Bundesstrafrechtspflege (nicht gedruckt).

Puchelt, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1881.

Rosenfeld, Der Reichsstrafprozeß, Berlin 1905.

Sachse, Beschränkung des Zeugeneides im Strafprozeß, in GA **74** 1 und 49.

Schenker, Die freie Beweiswürdigung und ihre Ausnahmen im schweizerischen Strafprozeßrecht, Diss. Zürich 1936.

Schiffer, Um die Reform des Eidesrechtes, in DJZ **1929** 611.

Schweizerische Juristenzeitung, zit. SJZ.

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, zit. ZStR.

Seuffert, Voreid oder Nacheid, in DJZ **1909**, 519.

Stalder, Die Ausnahmen von der Zeugnispflicht im bernischen Strafverfahren, Diss. Bern 1937.

Stämpfli, Das Bundesstrafverfahren nach dem Entwurf eines Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege in ZStR **42** 328.

— Die Bundesstrafrechtspflege nach dem Strafgesetz- und Strafprozeßentwurf, in ZSR **50** 1 a.

— Das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934, Textausgabe mit Einleitung, Anmerkungen und Register, Bern 1935.

Steiner, Die Straflosigkeit des widerrufenen falschen Zeugnisses in ZStR **42** 206.

Stenglein, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechtes, Stuttgart 1887.

Stooß A. Kommentar der Militärstrafgerichtsordnung vom 28. Juni 1889. Bern 1915, zit. Stooß, MilStGO.

Stooß Carl, Vorentwurf zu einer Bundesstrafgerichtsordnung, Sept. 1922 (nicht gedruckt).

— Zum Vorentwurf einer Bundesstrafgerichtsordnung, in ZStR **35** 217.

— Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bes. Teil, III. Bd. 1906.

Sträuli, Gesetze betreffend die zürcherische Rechtspflege, III. Teil: Gesetz betreffend den Strafprozeß, Zürich 1923, zit. Sträuli.

Strickler, Aktensammlung der Helvetik, Bd. IV. zit. Strickler.

Thormann, Erläuterungen zum Vorentwurf einer Strafprozeßordnung für den Kanton Bern, Bern 1912.

Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechtes, München 1893.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, zit. ZStRW.

Zeitschrift für Schweizerisches Recht, zit. ZSR.